موسوعة الفقه الإسلامي

المعروفة

بموسوعة جمال عبد الناصر الفقهية

الجزء الحادي و الثلاثون

يصدرها المجلس الأعلى للشئون الإسلامية

جمهورية مصر العربية
وزارة الأوقاف
المجلس الأعلى للشئون الإسلامية

موسوعة الفقه الإسلامي

الجزء الحادي والثلاثون

القاهرة
١٤٢٩هـ - ٢٠٠٨م

مصر . وزارة الأوقاف . المجلس الأعلى للشئون الإسلامية
موسوعة الفقه الإسلامى / وزارة الأوقاف ،
المجلس الأعلى للشئون الإسلامية . ـ القاهرة :
وزارة الأوقاف ، المجلس الأعلى للشئون الإسلامية ، ٢٠٠٨
مج ٣١ ؛ ٢٨ سم
تدمك . ١٦٨ ٢٠٥ ٩٧٧
١ ـ الفقه الإسلامى . دوائر معارف
٢ ـ العنوان
٢٥٠ و ٣

بحث مصطلح: إهدار

تعريف الإهدار في اللغة:

ذكر ابن منظور للإهدار عدة معان، فيكون بمعنى الإبطال والإباحة، قال: الهدر ما يَبْطُلُ من دم وغيره، يقال: هدرَ يَهْدِرُ بالكسر، ويَهْدُر بالضم هدرًا وهَدَرًا بفتح الدال - أى بطل - وهَدَرْتُه وأهْدَرْتُه أنا إهدارًا، وأهدره السلطان: أبطله وأباحه، ودماؤهم هَدَر بينهم أى مهتدرة، وتهادر القوم: أهدروا دماءهم، وذهب دم فلان هَدْرًا بالسكون وهَدَرًا بالتحريك أى باطلاً، ليس فيه قود ولا عقل، ولم يُدْرَك بثأره، وفى الحديث: «أن رجلاً عض يد آخر فندر سنه فأهدره»[1] أى أبطله، وفى الحديث: «من اطلع فى دار بغير إذن فقد هدرت عينه»[2] أى إن فقؤوها ذهبت باطلة لا قصاص فيها ولا دية[3].

التعريف الاصطلاحى: لا يخرج تعريف الفقهاء لمصطلح إهدار عن معناه اللغوى.

١- الإهدار فى الردة:

مذهب الحنفية:

جاء فى (الفتاوى الهندية): إذا ارتد المسلم عن الإسلام عُرض عليه الإسلام، فإن كانت له شبهة أبداها، ويُحبس ثلاثة أيام، فإن أسلم وإلا قُتل هذا إذا استمهل، فأما إذا لم يستمهل قُتل من ساعته، ولا فرق فى ذلك بين الحر والعبد، كذا فى السراج الوهاج، ونقل القاطفى فى الأجناس من كتاب الارتداد للحسن: فإن تاب المرتد وعاد

(١) مصنف ابن أبى شيبة: ٦/٢٨٧. ومعنى ندر سنُّه أى: سقط. انظر: لسان العرب مادة (ندر). وهو فى صحيح البخارى بلفظ: فأنْدَرَ ثنيّته.

(٢) سنن أبى داود: كتاب الأدب - باب فى الاستئذان.

(٣) لسان العرب: ٢٢/٢٥٧، مادة: هدر.

إلى الإسلام ثم عاد إلى الكفر حتى فعل ذلك ثلاث مرات وفى كل مرة طلب من الإمام التأجيل فإن الإمام يؤجله ثلاثة أيام، فإن عاد إلى الكفر رابعًا فإنه لا يؤجله، فإن أسلم وإلا قُتل، وإلى ذلك ذهب الكرخى فى مختصره، فإن قتله قاتل قبل عرض الإسلام عليه أو قطع عضوًا منه كُره ذلك كراهة تنزيه. هكذا فى فتح القدير، فلا ضمان عليه، لكنه إذا فعل بغير إذن الإمام أُدب على ما صنع، وإذا ارتد الصبى وهو يعقل فارتداده ارتداد عند أبى حنيفة ومحمد ويُجبر على الإسلام ولا يُقتل، وكذا إذا ارتد الصبى المراهق، ولا تُقتل المرتدة، بل تُحبس حتى تُسلم وتُضرب فى كل ثلاثة أيام مبالغة فى الحمل على الإسلام، ولو قتلها قاتل لا يجب عليه شىء للشبهة، فإن جنى على المرتد بأن قُطعت يده أو رجله بعد الردة عمدًا فذكر محمد أن الجانى لا يضمن سواء مات المرتد من ذلك القطع على الردة أو مات مسلمًا، وهذا إذا قُطعت يده وهو مرتد، فأما إذا قُطعت يده وهو مسلم والقاطع مسلم فقطع يده عمدًا أو خطأ فإن على الجانى الدية[4].

مذهب المالكية:

جاء فى (شرح الخرشى): أنه من شهد بكفر شخص، فإنه لا بد أن يبين الوجه الذى كفر به، أى: يجب على الشاهد أن يقول: كفر بالشىء الفلانى، ويبينه ولا يجمله، وقال خليل فى حكم من ثبتت ردته: استتيب ثلاثة أيام بلا جوع وعطش ومعاقبة وإن لم يتب، فإن تاب وإلا قُتل، أى أصبح دمه هدرًا، وقال الخرشى: يعنى أن

(٤) الفتاوى الهندية: ٢/٢٥٢ - ٢٥٦.

المرتد عن الإسلام أصليًا، أو طارئًا يجب على الإمام أو على نائبه أن يستتيبه ثلاثة أيام بلا جوع ولا عطش وبلا معاقبة، وإن لم يتب قُتل بغروب الشمس من اليوم الثالث، لا فرق بين الحر والعبد، والذكر والأنثى، ويُضَم من ماله زمن ردته، وأما ولده وعياله، فإنه لا ينفق عليهم من ماله زمن ردته؛ لأنه معسر بسبب الردة....، وإنما كانت الاستتابة ثلاثة أيام؛ لأن الله أخَّر قوم صالح ذلك القدر، فكونها ثلاثة واجب، فلو حكم الإمام بقتله قبل الثلاثة أيام مضى؛ لأنه حكم بمختلف فيه(١).

مذهب الشافعية:

جاء فى (حاشية أبى الضياء على نهاية المحتاج): تجب استتابة المرتد والمرتدة، فلو قتله أحد قبل الاستتابة عُزِّر فقط، ولا شيء عليه لإهداره(٢).

وجاء فى (المهذب): إن حبس السلطان مرتدًا فأسلم وخلاَّه فقتله مسلم لم يعلم بإسلامه ففيه قولان - أحدهما: لا قصاص عليه؛ لأنه لم يقصد قتل من يكافئه، والثانى: يجب عليه القصاص؛ لأن المرتد لا يخلى إلا بعد الإسلام، فالظاهر أنه مسلم فوجب القصاص بقتله، وإن قُتل المسلم الزانى المحصن ففيه وجهان - أحدهما: يجب عليه القصاص؛ لأن قتله لغيره؛ فوجب عليه القصاص بقتله، والثانى: لا يجب، وهو المنصوص؛ لأنه مباح الدم، فلا يجب القصاص بقتله كالمرتد(٣).

وجاء فى (الإقناع): أن من ارتد من رجل أو امرأة عن دين الإسلام بقول كفر، أو فعل كفر، أو نية كفر سواء قاله استهزاءً أو عنادًا أو اعتقادًا استُتِيب ثلاثة أيام وجوبًا قبل قتله؛ لأنه كان محترمًا بالإسلام، فربما عرضت له شبهة فيسعى فى إزالتها، فقد رُوى عن جابر: أن امرأة يقال لها: أم مروان ارتدت فأمر النبى ﷺ **ان يُعرض عليها الإسلام، فإن تابت، وإلا قُتلت**(٤)، وروى عن النبى ﷺ: **«من بدل دينه فاقتلوه»**(٥)، وذكر بعد ذلك تارك الصلاة فقاسه على المرتد بعد علمه بها غير معتقد بوجوبها أن حكمه حكم المرتد من الاستتابة والقتل، ويُقاس على الصلاة ترك الأركان، وكذلك الجمعة إن قال: أصليها ظهرًا؛ لتركها بلا قضاء؛ إذ الظهر ليس قضاء منها(٦).

مذهب الحنابلة:

جاء فى (المغنى): ومن ارتد عن الإسلام من الرجال والنساء وكان بالغًا عاقلاً دُعِى إليه ثلاثة أيام وضُيق عليه فإن رجع وإلا قُتل، ولا فرق بين الرجال والنساء فى وجوب القتل، ورُوى عن علىّ والحسن وقتادة أنها تسترق لا تُقتل، ولأن أبا بكر استرق نساء بنى حنيفة وذراريهم، وأعطى عليًا منهم امرأة فولدت له محمد بن الحنفية، وكان هذا بمحضر من الصحابة فلم ينكر، فكان إجماعًا، ولنا قوله ﷺ: **«من بدل دينه فاقتلوه»**(٧)، وقال النبى ﷺ: **«لا يحل دم امرئ**

---

(١) الخرشى على مختصر خليل: ٦٥/٨.
(٢) نهاية المحتاج: ٣٩٨/٧.
(٣) المهذب: ١٧٣/٢.

(٤) سنن الدارقطنى: كتاب الحدود والديات حديث رقم (٣٢٦٣)، والسنن الكبرى للبيهقى ٢٠٣/٨، ونصب الراية: كتاب السير - باب أحكام المرتد.
(٥) صحيح البخارى: كتاب الجهاد والسير - باب: لا يعذب بعذاب الله.
(٦) الإقناع: ٢٤٧/٢ - ٢٤٩.
(٧) سبق تخريجه.

مسلم إلا بإحدى ثلاث: الثيب الزانى، والنفس بالنفس، والتارك لدينه المفارق للجماعة»[١]، وروى الدارقطنى أن امرأة يقال لها: أم مروان ارتدت عن الإسلام فبلغ أمرها إلى النبى ﷺ فأمر أن تستتاب، فإن تابت وإلا قُتلت[٢]. ولأنها شخص مكلف بدَّل دين الحق بالباطل فَيُقتل كالرجل، وأما نهى النبى ﷺ عن قتل المرأة فالمراد به الأصلية، فإنه قال ذلك حين رأى امرأة مقتولة وكانت كافرة أصلية، ولا يُقتل حتى يستتاب ثلاثًا، هذا قول أكثر أهل العلم، ولأنه لو قُتل قبل الاستتابة لم يضمن ولو حرم قتله قبله، والأمر بقتله فالمراد به بعد الاستتابة، ولا يلزم من تحريم القتل وجوب الضمان بدليل نساء أهل الحرب وصبيانهم وشيوخهم، وإن لم يتب قُتِل، وقتل المرتد إلى الإمام حرًا كان أو عبدًا، وهذا قول عامة أهل العلم؛ لأنه قُتل لحق الله تعالى، فكان إلى الإمام، كرجم الزانى وكقتل الحر، فإنْ قتله غير الإمام أساء ولا ضمان عليه؛ لأنه محل غير معصوم، وسواء قتله قبل الاستتابة أو بعدها لذلك، وعلى من فعل ذلك التعزير لإساءته وافتياته، وكذلك لو ارتد جماعة وامتنعوا فى دارهم عن طاعة إمام المسلمين زالت عصمتهم فى أنفسهم وأموالهم؛ لأن الكفار الأصليين لا عصمة لهم فى دارهم فالمرتد أولى، وقاسوا تارك الصلاة الجاحد، أو غير الجاحد لها على المرتد، فيُدعى إليها ثلاثة أيام، فإن صلى وإلا قُتِل[٣].

مذهب الظاهرية:

جاء فى (المحلى): كل من صح عنه أنه كان مسلمًا متبرئًا من كل دين حاش دين الإسلام ثم ثبت عنه أنه ارتد عن الإسلام وخرج إلى دين كتابى أو غير كتابى أو إلى غير دين فإنه لابد له من الإسلام أو السيف، ولا يُقبل حتى من الذمى الخارج إلى الكفر، العودة إلى الدين الذى خرج عنه، بل لابد له من الإسلام أو السيف[٤].

مذهب الزيدية:

جاء فى (التاج المذهب): أنه لو كانت الجناية من الجانى على مرتد وحربى ونحوهما أو بهيمة أو نحوها من الأموال لم تحملها العاقلة[٥].

وجاء فى موضع آخر: اعلم أن القتل حد لعشرة منهم المرتد عن الإسلام بأى وجه كفر. سواء كان بكفر صريح كإنكار الرسل، أو واحد منهم، أو بالإلحاد، أو بفعل، أو بلفظ كفرى، وإن لم يعتقد معناه، أم بكفر تأويل كاعتقاد الجبر والتشبيه بعد أن كان عدليًا، لكن المرتد بأى هذه الوجوه لا يُقتل إلا بعد استتابته وجوبًا ثلاثًا، يعنى يجب طلب التوبة منه مرة واحدة وإمهاله ثلاثة أيام، ويُستحب تكرارها فى الثلاثة أيام، وتوبته كإسلام الكافر إن كان كفره بعبادة الأوثان كفى منه الشهادتان، وإن كان كفره بزعمه أن النبى صلى الله عليه وآله وسلم مرسل إلى العرب فقط، أو إلى الذميين لا يُقبل منه حتى يتبرأ من كل دين سوى دين الإسلام، فإن أبى بعد ذلك قُتِل[٦].

---

(١) صحيح البخارى: كتاب الديات - باب قول الله تعالى: ﴿أن النفس بالنفس ...﴾ الآية.

(٢) سنن الدارقطنى: كتاب الحدود والديات وغيره.

(٣) المغنى: ٧٦/١٠ - ٨٥ بتصرف.

(٤) المحلى: ١٨٨/١١.

(٥) التاج المذهب: ٢٤٢/٤ بتصرف.

(٦) السابق: ٢٥٥/٤.

وجاء فى موضع آخر: وبيان حكم المرتدين فهو أن يُقتل مكلفهم ولو من أحد السبعة الذين لا يجوز قتلهم من الحربيين كالشيخ الهَرِم ونحوه غير الصبى إن طولب بعد الردة بالرجوع إلى الإسلام ثم لم يُسلم[١].

وجاء فى (الروض النضير): حدثنى زيد عن أبيه عن جده عن على ﷺ: أنه كان يستتيب المرتد ثلاثا فإن تاب وإلا قتله وقسم ميراثه بين ورثته من المسلمين، كما استدلوا بقول رسول الله ﷺ: «من بدل دينه فاقتلوه»[٢][٣].

مذهب الإمامية:

جاء فى (الروضة البهية): أنه يُقتل المرتد إن كان ارتداده عن فطرة الإسلام؛ لقوله صلى الله عليه وآله: «من بدل دينه فاقتلوه»[٤]، وصحيحة محمد بن مسلم عن الباقر ﷺ: «من رغب عن الإسلام وكفر بما أُنزل على محمد صلى الله عليه وآله بعد إسلامه فلا توبة له، وقد وجب قتله، وبانت منه امرأته، ويُقسم ما تركه على ولده» وروى عمار عن الصادق ﷺ قال: «كل مسلم بين مُسْلِمَين ارتد عن الإسلام وجحد محمداً صلى الله عليه وآله نبوته وكذبه فإن دمه مباح لكل من سمع ذلك منه، وامرأته بائنة منه يوم ارتد فلا تقربه، ويُقسم ماله على ورثته، وتعتد امرأته عدة المتوفى عنها زوجها، وعلى الإمام أن يقتله ولا يستتيبه، ولا تُقبل توبته ظاهراً، فيتعين قتله مطلقاً، وفى قبولها باطنًا قول قوى حذرًا من تكليف ما لا يطاق لو كان مكلفًا بالإسلام، أو خروجه عن التكليف ما دام حيًا كامل العقل، وهو باطل بالإجماع، ويُعتبر فى تحقق الارتداد البلوغ، والعقل، والاختيار، ويُستتاب المرتد إن كان ارتداده عن كفر أصلى، فإن تاب وإلا قُتل، ومدة الاستتابة ثلاثة أيام فى المروى عن الصادق ﷺ بطريق ضعيف، والأقوى تحديدها بما يؤمل معه عوده، ويُقتل بعد اليأس منه وإن كان من ساعته، ولعل الصبر عليه ثلاثة أيام أولى رجاءً لعودته، وحملاً للخبر على الاستحباب[٥].

مذهب الإباضية:

جاء فى (شرح النيل): أنه يُقتل مرتد إن لم يتب ذكرًا كان أو أنثى، وقيل: يُستتاب ثلاثة، وقيل غير ذلك، فإن لم يتب قُتِل، والمرأة كالرجل تُقتل، وجاء به حديث؛ وقيل عن على: تُستَرَق، وقال أبو حنيفة: تُحبس، وإن تاب المحارب قبل أن يُقدر عليه هُدر عنه فى الحكم ما أصاب فى محاربته من مال أو نفس إلا ما وُجد بيده، وقيل: لا يُهدر عنه إلا أنه لا يُقتل ولا يُقتص منه، وقيل: لا يؤخذ ما بيده من مال الناس إن تاب من شرك، ولو تَرك قطع الطريق والمحاربة فما أصاب فى امتناعه من نَفْس أو جُرح هُدر عنه فى الحكم؛ إذ لا قصاص بيننا وبينه[٦].

٢- الإهدار فى الصيال:

بيان معنى الصيال شرعا: جاء فى (كتاب الإقناع) فى فقه الشافعية: الصيال هو الاستطالة

---

(١) التاج المذهب: ٤/٤٦٤.
(٢) سبق تخريجه.
(٣) الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير: ٤/٢٢٤ ، ٢٢٥.
(٤) سبق تخريجه.
(٥) الروضة البهية: ٢/٣٩١ ، ٣٩٢.
(٦) شرح النيل: ٧/٦٤٣.

والوثوب، والأصل فيه قوله تعالى: ﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾[١]، وخبر: «انصر أخاك ظالمًا أو مظلومًا»[٢] والصائل ظالم فيمنع من ظلمه؛ لأن ذلك نصره[٣].

مذهب الحنفية:

جاء فى (تبيين الحقائق): ومن شهر على المسلمين سيفًا وجب قتله ولا شىء بقتله؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: **«من شهر على المسلمين سيفًا فقد أبطل دمه»**[٤]؛ ولأن دفع الضرر واجب فوجب عليهم قتله إذا لم يمكن دفعه إلا به، ولا يجب على القاتل شىء؛ لأنه صار باغيًا بذلك، وكذا إذا شهر على رجل سلاحًا فقتله غيره دفعًا عنه فلا يجب بقتله شىء لما بينا، ولا يختلف بين أن يكون بالليل أو بالنهار، فى المصر أو خارج المصر؛ لأن السلاح لا يلبث، وإن شهر عليه عصا فكذلك إن كان ليلاً أو نهارًا خارج المصر؛ لأنه لا يلحقه الغوث بالليل، ولا فى خارج المصر، فكان له دفعه بالقتل، بخلاف ما إذا كان فى المصر، وقيل: إذا كان عصا لا يلبث يُحتمل أن يكون مثل السلاح عندهما، فيجوز قتله فى المصر نهارًا كما فى السيف، ثم قال: ومن شهر على رجل سلاحًا ليلاً أو نهارًا فى المصر أو غيره، أو شهر عليه عصا ليلاً فى مصر أو نهارًا فى غيره فقتله المشهور فلا شىء عليه، وتحدث عن الصيال للسرقة فقال: ومن دخل عليه غيره ليلاً فأخرج السرقة فاتَّبعه فقتله فلا شىء عليه؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: **«قاتل دون مالك»**[٥] أى لأجل مالك؛ ولأن له أن يمنعه بالقتل ابتداء فكذا له أن يسترده به انتهاء إذا لم يقدر على أخذه منه إلا به، ولو علم أنه لو صاح عليه يطرح ماله فقتله مع ذلك يجب القصاص عليه؛ لأنه قتله بغير حق؛ لأنه يقدر على دفعه بالاستعانة بالمسلمين والقاضى، فلا تسقط عصمته بخلاف السارق، والذى لا يندفع بالصياح[٦].

مذهب المالكية:

جاء فى (شرح مختصر خليل للخرشى): وجاز دفع صائل بعد الإنذار إذا كان ذا فهم، سواء أكان صياله على نفس، أو مال، أو حريم، فإنه يُشرع دفعه عن ذلك بعد الإنذار إن كان يفهم بأن يناشده الله بأن يقول له: ناشدتك الله إلا ما خليت سبيلى ثلاث مرات، وأما إن كان لا يفهم كالبهيمة، فإنه يعاجله بالدفع من غير إنذار، ويدفعه بالأخف فالأخف، فإن أدى إلى قتله قَتَله، ويُقبل قوله فى ذلك مع يمينه إذا كان لا يحضره الناس، والظاهر أن الإنذار مستحب، ويجوز للمصول عليه قتل الصائل ابتداء إذا علم أنه لا يندفع عنه إلا به، ولا ضمان عليه، فإن كان المصول عليه يستطيع الإفلات والهروب من الصائل من غير مضرة تحصل له؛ لم يجز للمصول عليه عندئذ قتله ولا جرحه، بل عليه الهرب[٧].

---

(١) سورة البقرة: من الآية: ١٩٤.
(٢) صحيح البخارى: كتاب المظالم والغصب - باب أعن أخاك ظالمًا أو مظلومًا.
(٣) الإقناع للخطيب الشربينى: ٢/٢٤٠.
(٤) سنن النسائى: كتاب تحريم الدم - باب من شهر سيفه ثم وضعه فى الناس، بلفظ: «من شهر سيفه ثم وضعه فدمه هدر».

(٥) سنن النسائى: كتاب تحريم الدم - باب ما يفعل من تعرض لماله.
(٦) تبيين الحقائق: ٦/١٠٩، ١١٠، ١١١.
(٧) الخرشى على مختصر خليل: ٨/١١٢.

مذهب الشافعية:

جاء فى (نهاية المحتاج): ويجب الدفع عن نفس قصدها كافر محترم أو مهدر، فيجب الدفع عنها؛ لأن الاستسلام له ذل فى الدين، ومقتضى الكلام اعتبار كون المصول عليه مسلمًا، ووجوب الدفع عن الذمى إنما يُخاطَب به الإمام لا الآحاد؛ لاحترامه دمًا، ووجهه امتناع تسلط الكافر على المسلم بالقتل ولو مهدرًا، أما غير المحترم، أى مهدر الدم كزانٍ محصنٍ وتارك صلاةٍ وقاطع طريقٍ تحتم قتله فكالكافر، والثانى يجب دفعه، ويرى الأذرعى وجوب الدفع عن عضو عند ظن السلامة، وعن نفسٍ ظن بقتلها مفاسد فى الحريم والمال، والدفع عن غيره مما مر بأنواعه، سواء فى الآدمى المسلم المحترم، والذمى كدفعه عن نفسه جوازًا ووجوبًا، ولو كان معه وديعة فصال عليها آخر لزمه الدفع عنها؛ لالتزامه حفظها، بل جزم الغزالى بوجوبه عن مال غيره مطلقًا مع إمكانه بلا مشقة بدنٍ أو خسران مال أو نقص جاهٍ ... ويدفع الصائل المعصوم بالأخف فالأخف باعتبار غلبة ظن المصول عليه، فإن أمكن الدفع بكلام يزجره به أو استغاثة حرم الضرب، أو أمكن بضرب يد حرم سوط، أو بسوط حرم عصا، أو بقطع عضو حرم قتل؛ لأن ذلك جُوِّز للضرورة، ولا ضرورة فى الأثقل مع تحصيل المقصود بالأخف، نعم لو التحم القتال بينهما، وانسد الأمر عن الضبط سقط مراعاة الترتيب كما ذكره الإمام، وهو ظاهر؛ لأن فى هذه الحالة لو راعينا الأخف أفضى إلى هلاكه، ولو لم يجد المصول عليه إلا سيفًا جاز له الدفع به، وإن كان يندفع بعصا؛ إذ لا تقصير منه فى عدم استصحابها، ومحل رعاية التدريج فى غير الفاحشة، أما فيها كأن أولج فى أجنبية، فلا تجب مراعاة الترتيب خلافًا للماوردى والرويانى، أما المهدر كزانٍ محصنٍ وحربيٍ ومرتدٍ فلا تجب مراعاة الترتيب فيه، بل له العدول إلى قتله؛ لعدم حرمته[1].

مذهب الحنابلة:

جاء فى (كشاف القناع): لو صال على نفسه بهيمة، أو آدمى، أو صال على نسائه كأمه وابنته وأخته وزوجته ونحوهن، أو على ولده أو ماله ولو قل المال بهيمة أو آدمى، ولو كان من أريدت نفسه أو حرمته أو ولده أو ماله غير مكافئ للصائل، أو كان الصائل صبيًا أو مجنونًا كالبهيمة، وسواء صال على ذلك فى منزله أو غيره، ولو كان طالبًا للسرقة، ولم يخف الدافع أن يبدره الصائل بالقتل دفعه بأسهل ما يغلب على ظنه دفعه به؛ لأنه لو مُنع من ذلك لأدى إلى تلفه وأذاه فى نفسه وحرمته وماله؛ ولأنه لو لم يجز ذلك لتسلط الناس بعضهم على بعض، وأدى إلى الهرج والمرج، فإن اندفع بالقول لم يكن له ضربه بشىء، وإن لم يندفع بالقول فللدافع ضربه بأسهل ما يظن أن يندفع به، فإن ظن أن يندفع بضرب عصا لم يكن له ضربه بحديد؛ لأنه آلة القتل، وإن ولى هاربًا لم يكن له قتله ولا اتباعه كالبغاة، وإن ضربه فعطله لم يكن له أن يثنى عليه؛ لأنه كُفى شره، وإن ضربه فقطع يمينه فولى هاربًا فضربه فقطع رجله فالرجل مضمونة بقصاص أو دية؛ لأن الزائد على ما يحصل به الدفع لا حاجة إليه، فلم

---

(١) نهاية المحتاج: ٨/٢٢ - ٢٥.

يكن له فعله، قال أحمد: لا يريد قتله وضربه لكن دفعه، فإن مات الصائل من سراية القطعين فعلى الدافع نصف الدية؛ لأنه مات من فعل مأذون فيه وغير مأذون فيه، فإن لم يمكنه دفعه إلا بالقتل أو خاف الدافع ابتداءً أن يبدأ الصائل بالقتل إن لم يعاجله بالدفع فله ضربه بما يقتله ويقطع طرفه ويكون ذلك هدرًا؛ لأنه أتلف لدفع شره كالباغى، وإن قُتِل المصول عليه فهو شهيد مضمون؛ لحديث أبى هريرة قال: جاء رجل فقال: يا رسول الله أرايت إن جاء رجل يريد أخذ مالى؟ قال: «لا تعطه» قال: أرايت إن قاتلنى؟ قال: «قاتله» قال: أرايت إن قتلنى؟ قال: «فأنت شهيد» قال: أرايت إن قتلته؟ قال: «فى النار»[1]، وعن سعيد بن يزيد قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «من قُتل دون ماله فهو شهيد، ومن قُتل دون دمه فهو شهيد، ومن قُتل دون أهله فهو شهيد»[2]، وإن كان الدافع للصائل عن نسائه فهو لازم لما فيه من حقه وحق الله وهو منعه من الفاحشة، وإن كان الدفع عن نفسه فى غير فتنة فكذلك الدفع لازم؛ لقوله تعالى: ﴿ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة ... الآية﴾[3] وكما يحرم عليه قتل نفسه يحرم عليه إباحة قتلها؛ ولأنه قدر على إحياء نفسه فوجب عليه فعل ما يتقى به كالمضطر للميتة، فإن كان فى فتنة لم يلزمه الدفع[4].

(١) صحيح مسلم: كتاب الإيمان - باب الدليل على أن من قصد أخذ مال غيره بغير حق كان القاصد مهدر الدم فى حقه وإن قتل كان فى النار وأن من قتل دون ماله فهو شهيد.
(٢) سنن أبى داود: كتاب السنة - باب فى قتال اللصوص.
(٣) سورة البقرة: من الآية: ١٩٥.
(٤) كشاف القناع: ٩٢/٤، ٩٣ بتصرف.

مذهب الظاهرية:

جاء فى (المحلى): المعتمد عليه هو الأخبار التى صدرنا بها فى كتابنا فى المحاربين من إباحة القتل دون المال وسائر المظالم، لكن إن كان على القوم المقطوع عليهم أو الواحد المقطوع عليه أو المدخول عليه منزله فى المصر ليلاً أو نهارًا فى أخذ ماله أو فى طلب زنا أو غير ذلك مهلة فالمناشدة فعل حسن؛ لقول الله تعالى: ﴿ادع إلى سبيل ربك بالحكمة والموعظة الحسنة وجادلهم بالتى هى أحسن إن ربك هو أعلم بمن ضل عن سبيله وهو أعلم بالمهتدين﴾[5]، فإن لم يكن فى الأمر مهلة ففرض على المظلوم أن يبادر إلى كل ما يمكنه به الدفاع عن نفسه، وإن كان فى ذلك إتلاف نفس اللص والقاطع من أول وهلة، فإن كان على يقين من أنه إن ضربه ولم يقتله ارتدع فحرام عليه قتله، فإن لم يكن على يقين من هذا فقد صح اليقين بأن مباحًا له الدفع والمقاتلة، فلا شىء عليه إن قتله من أول ضربة أو بعدها؛ قصدًا إلى مقتله أو إلى غير مقتله؛ لأن الله تعالى قد أباح له المقاتلة والمدافعة قاتلاً ومقتولاً، فأما لو كان اللص من الضعف بحيث لا يدافع أصلاً، أو يدافع دفاعًا يوقن معه أنه لا يقدر على قتل صاحب الدار فقتله صاحب المنزل فعليه القود؛ لأنه قادر على منعه بغير القتل فهو متعد، وقال إبراهيم النخعى: «إن خشيت أن يبتدرك اللص فابدره»، وهذا نظير قولنا والحمدلله رب العالمين[6]، ومن أغضب أحمقًا بما يغضب منه فقذف بالحجارة فقتل المغضب له أو غيره، أو أعطى أحمقًا سيفًا فقتل به قومًا فلا

(٥) سورة النحل: الآية: ١٢٥.
(٦) المحلى: ٢١٤/١١، ٢١٥ بتصرف.

شيء في كل ذلك؛ لأنه لم يباشر شيئًا من الجناية، ولا يُسمى في اللغة قاتلاً. فلو أنه أمر الأحمق بقتل إنسان بعينه فقتله؛ فإن كان الأحمق فعل ذلك طاعة له، وكان ذلك معروفًا فهو آمر، فالآمر عليه القود، وإن كان لم يفعل طائعًا له فلا شيء في ذلك؛ لأنه لم يكن لا عن أمره ولا عن فعله[1].

مذهب الزيدية:

جاء في (التاج المذهب): لو صال عليه صائل فلا يجب ولو أمكنه الهرب، بل الواجب المدافعة؛ لقولة تعالى: ﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾، وخبر البخاري: «انصر أخاك ظالمًا أو مظلومًا»[2] والصائل ظالم، فيمنع من ظلمه وذلك نصره، وخبر الترمذي وصححه: «من قتل دون دينه فهو شهيد، ومن قتل دون أهله فهو شهيد، ومن قتل دون ماله فهو شهيد»[3]، وإذا جاز دفع الصائل ولو على درهم حتى بالقتل بشروطه، إذا صال الهر على إنسان أو خشي في المستقبل بعيرٌ أو ثور ولم يحفظه مالكه وخشي على نفسه ولم يندفع إلا بالقتل ولا ضمان منه في قتله[4].

وجاء في (البحر الزخار): وللمرء قتل ما صال عليه من آدمي أو بهيمة ولم يندفع إلا بالقتل إجماعًا؛ لقوله تعالى: ﴿ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة﴾[5][6].

(١) المحلى: ١١/٢.

(٢) صحيح البخاري: باب أعن أخاك ظالما أو مظلوما - كتاب المظالم والغصب.

(٣) سنن الترمذي: كتاب الديات - باب ما جاء فيمن قتل دون ماله فهو شهيد.

(٤) التاج المذهب: ٣١٦/٤ بتصرف.

(٥) سورة البقرة، من الآية: ١٩٥.

(٦) البحر الزخار: ٢٦٨/٥ بتصرف.

مذهب الإمامية:

جاء في (الروضة البهية): أن الدفاع عن النفس والمال والحريم جائز في الجميع مع عدم ظن العطب، وواجب في الأول والأخير بحسب القدرة، ومع العجز يجب الهرب مع الإمكان، أما الدفاع عن المال فلا يجب إلا مع اضطراره إليه، وكذا يجوز الدفع عن غير من ذُكر مع القدرة، والأقرب وجوبه مع الضرورة، وظن السلامة معتمدًا في الدفاع مطلقًا على الأسهل فالأسهل كالصياح، ثم الخصام، ثم الضرب، ثم الجرح، ثم التعطيل، ثم التدفيف، ودم المدفوع هدر حيث يتوقف الدفاع على قتله، وكذا ما يتلف من ماله إذا لم يمكن بدونه، ولو قتل الدافع كان كالشهيد في الأجر، أما في باقي الأحكام من التغسيل والتكفين فكغيره، ولا يبدأ إلا مع العلم أو الظن بقصده، ولو كف كف عنه، فإن عاد عاد، فلو قطع يده مقبلاً ورجله مدبرًا ضمن الرجل.

ثم قال: ولو وجد مع زوجته، أو مملوكته، أو غلامه أو ولده من ينال دون الجماع فله دفعه بما يرجو معه الاندفاع كما مر، فإنْ أتى الدفع عليه، وأفضى إلى قتله حيث لم يمكن دفعه بدونه فهو هدر[7].

مذهب الإباضية:

جاء في (شرح النيل): ولا يُحذر قتل مريد قتله، وإن بهيمة له أو لغيره، فإنَّ نَفْسه أولى من حياة الحيوان، ولا ضمان عليه، ويدفعه عن نفسه وإن بكل ماله، يضرب به ويتقى به ويعطيه، ولا

(٧) الروضة البهية: ٢٩٤/٢، ٢٩٥.

بأس عليه إن أدى إلى قتله، ولا يقصده بالقتل من أول الأمر إلا إن كان مما فاجأه ولا يطيقه إلا بالقتل، أو لم يفاجئه لكن لا يطيقه إلا بالقتل، وإن لم يقتله أهلكه فإنه يقتله قصداً ليتخلص منه، أو يدفع ذلك بقصد تلفه إن كان ذلك المريد للقتل ممن يبغى وهو الإنسان البالغ العاقل، وإن لم يكن ممن يبغى فلا يدفعه بما يتلفه مثل الطفل والمجنون والسكران والحيوان، إلا إن فاجأه وكان لما يطيقه إلا بالقتل، أو لم يفاجئه لكن لا يطيقه إلا بالقتل، ولو لم يقتله لأهلكه؛ إذ لا يجوز له أن يحذر إلا المال، فله ترك الدفع عنه إن كان تلفه لا يوصل إلى موته، ويصرف من كل ما قدر عليه وإن بسبع يشليه أى: يغريه عليه، وأدى دفعه لتلف نفسه أو تلف ماله، فيجوز له دفاع ذلك، ولو كان يؤدى إلى تلف النفس أو المال، ويؤجر على ذلك[1].

٣- الإهدار فى جناية الآدمى:

(أ) الجناية بالتسبب وعدم الاعتداء:

مذهب الحنفية:

جاء فى (الفتاوى الهندية): أنه لو وقع ثلاثة فى بئر وتعلق كل واحد بآخر فإن ماتوا من وقوعهم ولم يقع بعضهم على بعض فدية الأول على الحاضر، ودية الثانى على الأول، ودية الثالث على الثانى، وإن ماتوا من وقوعهم، ووقوع بعضهم على بعض وقد علم ذلك بأن أخرجوا أحياء وأخبروا عن حالهم ثم ماتوا، فموت الأول لا يخلو عن سبعة أوجه، إن مات من وقوعه لا غير فديته على الحاضر، وإن مات بوقوع الثانى عليه فدمه هدر، وإن مات من وقوع الثالث عليه فديته على الثانى، وإن مات من وقوع الثانى والثالث عليه فنصف دمه هدر ونصفه على الثانى، وإن مات من وقوعه ووقوع الثانى عليه فهدر نصف دمه ونصفه على الحاضر، وإن مات من وقوعه ووقوع الثالث فالنصف على الحاضر والنصف على الثانى، وإن مات من وقوعه ووقوع الثانى والثالث عليه فالثلث منه هدر، وثلثه على الحاضر، وثلثه على الثانى، وأما موت الثانى فعلى ثلاثة أوجه: إن مات بوقوعه فديته على الأول، وإن مات من وقوع الثالث عليه فدمه هدر، وإن مات بوقوعه ووقوع الثالث عليه فنصف دمه هدر ونصفه على الأول. وأما موت الثالث فليس له إلا وجه واحد، وهو وقوعه فى البئر فديته على الثانى، وأما إذا لم يعرف حال موتهم فالقياس أن دية الأول على الحاضر، ودية الثانى على الأول، ودية الثالث على الثانى على عواقلهم وهو قول محمد، وفى الاستحسان ثلث دية الأول هدر، والثلث على الحاضر، والثلث على الثانى، ودية الثانى نصفها هدر ونصفها على الأول، ودية الثالث على الثانى.

وإن انهارت البئر على من يحفرها فدمه هدر، كذا فى المبسوط[2].

مذهب المالكية:

جاء فى (شرح الخرشى): إن المكلفين أو الصبيين أو أحدهما إذا قصدا التصادم والتجاذب بحبل أو غيره، بأن جذب كل منهما يد صاحبه فوقعا ضمانًا معًا أو أحدهما، فأحكام القود ثابتة بينهما، سواء كانا راكبين أو ماشيين

---

(١) شرح النيل: ١٦٦/٢٩ بتصرف.

(٢) الفتاوى الهندية: ٤٦/٦ - ٤٧.

أو مختلفين بصيرين أو ضريرين أو مختلفين ضمن أحكام القود سقوط القصاص إذا ماتا، ومن أحكامه: إذا كان أحدهما بالغًا والآخر غير بالغ أن لا قصاص على غير البالغ، أو كان أحدهما حرًا، والآخر رقيقًا فلا يُقتل الحر بالعبد، ويحكم أيضًا بأحكام القود فيما لو قصد أحدهما التصادم أو التجاذب دون الآخر، ويحمل ذلك التصادم والتجاذب بينهما على العمد دون الخطأ، بخلاف تصادم السفينتين فإنهما يُحملان على عدم العمد عند جهل حالهما، ويكون هدرًا، والفرق أن السفينتين جريا بالريح، وليس من عملهم ... ثم قال: وإن لم يقصد التصادم ولا التجاذب، وهذا عام في السفينتين وغيرهما، بل كانا مخطئين فدية كل واحد على عاقلة الآخر، وقيمة فرسه من مال الآخر، أما لو أخطأ أحدهما دون الآخر فالقصاص على المتعمد والدية على عاقلة المخطيء، وإن ماتا معًا، فقال البساطي: دية المخطئ في مال المتعمد، ودية المتعمد على عاقلة المخطئ، فإن قلت: المتعمد دمه هدر، قلت: إنما يكون هدرًا إذا تحقق أن موت المخطئ من فعله وهنا ليس كذلك؛ إذ يحتمل أن يكون من فعلهما معًا، أو من فعل المخطئ وحده، أو من فعل المتعمد وحده، وفيه بحث؛ إذ هذا يقتضي أنه لا يقتص من المتعمد حيث مات المخطئ وحده، وليس كذلك؛ ولذا كان يقرر الشيخ البنوفري فيما إذا ماتا معًا أن دم المخطئ هدر؛ لأن قاتله عمدًا قد قُتل، فهو بمثابة من قتل شخصًا عمدًا ثم قُتل، وأن دم المتعمد فيه الدية على عاقلة المخطئ، وذكر بعض أن مثل ذلك ما إذا تصادم بالغ وصبي عمدًا، أو ماتا معًا من أن دية البالغ على عاقلة الصبي؛ ولا دية في الصبي؛ لأن قاتله عمدًا قد قُتل(١).

مذهبُ الشافعية:

جاء في (المهذب) إن اصطدَم فارسان أو راجلان وماتا وجب على كل منهما نصفُ دية الآخر، وقال المزني: إن استلقى أحدُهما وانكبَّ الآخرُ على وجهه وجبَ على المنكبِّ ديةُ المستلقي، وهُدرَ دمُه؛ لأن الظاهرَ أن المنكبَّ هو القاتلُ والمستلقي هو المقتولُ؛ وهذا خطأٌ؛ لأن كلَّ واحدٍ منهما هلكَ بفعلِه وفعلِ صاحبِه، فهَدَر النصفُ بفعله ووجبَ النصفُ بفعلِ صاحبه، كما لو جرحَ كلُّ واحدٍ منهما نفسَهُ وجَرحهُ صاحبُه، ووجهُ قولِ المزني لا يصحُ؛ لأنه يجوزُ أن يكونَ المستلقي صُدِمَ صدمةً شديدةً فوقعَ مستلقيًا ميتًا من شدة صدمته.

وإن ركبَ صبيان أو أركبَهما وليهُما واصطدما وماتا فهما كالبالغين، وإن أركبهما من لا ولايةَ له عليهما فاصطدما وماتا، وجبَ على الذي أركبهما ديةُ كل واحدٍ منهما، النصفُ بسببِ ما جنى كلُ واحد من الصبيين على نفسه، والنصفُ بسببِ ما جناه الآخرُ عليه، وإن اصطدمت امرأتان حاملان فماتتا ومات جنيناهما كان حكمُهما في ضمانهما حكمَ الرجلين، فأما الحملُ فإنه يجبُ على كلِ واحدةٍ منهما نصفُ ديةِ جنينِها ونصفُ ديةِ جنينِ الأخرى؛ لجنايتِهما عليهما .. وإن وقفَ رجلٌ في ملكِه أو في طريقٍ واسعٍ فصدمَه رجلٌ فماتا هُدِرَ دمُ الصادمِ؛ لأنه هلكَ بفعلٍ هو مفرطٌ فيه، فسقطَ ضمانُه؛ كما لو دخلَ دارَ رجلٍ فيها بئرٌ

(١) شرح الخرشي على مختصر خليل: ٨/١١.

فوقعَ فيها؛ وتجبُ ديةُ المصدومِ على عاقلةِ الصادمِ؛ لأنه قتلَه بصدمةٍ وهو متعدٍ فيها، وإن وقفَ فى طريقٍ ضيقٍ فصدَمه رجلٌ وماتا وجبَ على عاقلةِ كلِ واحدٍ منهما ديةُ الآخرِ؛ لأن الصادمَ قتلَ الواقفَ بصدمةٍ هو مفرطٌ فيها، والصدومُ قتلَ الصادمَ بسببٍ هو مفرطٌ فيه، وهو وقوفهُ فى الطريقِ الضيقِ، وإن قعدَ فى طريقٍ ضيقٍ فعثرَ به رجلٌ فماتا كان الحكمُ فى الصادمِ والمصدومِ الذى سبقَ ذكره.

وإذا وقعَ رجلٌ فى بئرٍ ووقعَ آخرٌ خلفه من غيرِ جذبٍ ولا دفعٍ فإن ماتَ الأولُ وجبت ديتهُ على الثانى؛ لما روى على بن رباح اللخمى: أن بصيرًا كان يقودُ أعمى فوقعا فى بئرٍ، فوقعَ الأعمى فوقَ البصيرِ فقتله، فقضى عمر رضي الله عنه بعقلِ البصيرِ على الأعمى[١]؛ ولأن الأولَ ماتَ بوقوعِ الثانى عليه فوجبت ديتهُ عليه، وإن مات الثانى هُدرت ديتُه؛ لأنه لا صنعَ لغيرِه فى هلاكه، وإن ماتا جميعًا وجبت ديةُ الأولِ على الثانى، وهُدرت ديةُ الثانى لما ذُكر، فإن جذبَ الأولُ الثانى وماتَ الأولُ هُدرت ديتُه؛ لأنه مات بفعلِ نفسه، وإن مات الثانى وجبتْ ديتُه على الأولِ؛ لأنه ماتَ بجذبِه، وإن وقعَ الأولُ ثم وقعَ الثانى ثم وقعَ الثالثُ، فإن كان وقوعُهم من غيرِ جذبٍ ولا دفعٍ وجبت ديةُ الأولِ على الثانى والثالثِ؛ لأنه مات بوقوعِهما عليه، وتجبُ ديةُ الثانى على الثالثِ؛ لأنه انفردَ بالوقوعِ عليه فانفردَ بديته، وتُهدر ديةُ الثالثِ؛ لأنه مات من وقوعه، فإن جذبَ بعضُهم بعضًا بأن وقعَ الأولُ وجذبَ الثانى ثم جذبَ الثانى الثالثَ وماتوا وجبَ للأولِ نصفُ الديةِ على الثانى؛ لأنه مات من فعله بجذبِ الثانى، ومن فعلِ الثانى بجذبِ الثالثِ، فَهُدِر النصفُ بفعله، ووجب النصفُ، ويجبُ للثانى نصفُ الديةِ على الأولِ، لأنه جذبه، ويسقطُ نصفُها؛ لأنه جذبَ الثالثَ ويجبُ للثالثِ الديةُ؛ لأنه لا فعلَ له فى هلاكِ نفسه، وعلى من تجبُ ديته وجهان أحدُهما: أنها تجبُ على الثانى؛ لأنه هو الذى جذَبه، والوجهُ الثانى: أنها تجبُ على الأولِ والثانى نصفين؛ لأنَّ الثانى جذبه والأولَ جذبَ الثانىَ فاضطره إلى جذبِ الثالثِ، وكان كل واحدٍ منهما سببًا فى هلاكه[٢].

مذهب الحنابلة:

جاء فى (كشافِ القناعِ): أنه إن اصطدمَ حُران مكلفان بصيران أو ضريران أو أحدُهما بصيرٌ والآخرُ ضريرٌ وهما ماشيان أو راكبان أو ماشٍ وراكب فماتا فعلى عاقلة كُلّ واحدٍ منهما ديةُ الآخرِ. ذلك عن علىٍّ؛ لأن كلَ واحدٍ منهما ماتَ من صدمةِ صاحبه، وذلك قتلٌ خطأ، فكانت ديةُ كلِ واحدٍ منهما على عاقلة صاحبه، وقيل: بل على عاقلةِ كلِ منهما نصفُها؛ لأنه هلكَ بفعلِ نفسه وفعلِ صاحبه، فَهُدر فعلُ نفسه، وهذا هو العدلُ. وإن اصطدمت امرأتان فأسقطت كلُ واحدةٍ منهما جنينَها فعلى كلِ واحدةٍ منهما نصفُ ضمانِ جنينها ونصفُ ضمانِ جنينِ صاحبتها.

وإن اصطدم سائرٌ بآخرٍ واقفًا أو قاعدًا فعلى عاقلةِ السائرِ ديةُ الواقفِ أو القاعدِ؛ لأنه قتلَ

(١) أورده المتقي الهندي فى كنز العمال فى سنن الأقوال والأفعال: ١٥/١٩٠، وابن حجر فى التلخيص الحبير: ٤/٣٧.

(٢) المهذب: ٢/١٩٤ – ١٩٥.

خطأ، وعلى السائرِ ضمانُ دابته؛ لأن العاقلةَ لا تحمله، فإن ماتَ الصادمُ أو تلفت دابتهُ فَهَدرٌ؛ لأنه لم يجن عليه أحدٌ بل هو الجانى على نفسه، وإن انحرفَ الواقفُ فصادفت الصدمة انحرافَه فهما كالسائرين، هذا كله إذا وقفَ أو قعدَ فى طريق واسعٍ، فإن كان الواقفُ أو القاعدُ فى طريقٍ ضيقٍ غير مملوكٍ له فلا ضمانَ فيه؛ لأن السائرَ لم يتعدّ عليه، بل القاعدُ أو الواقف هو المتعدى، وإن كان الطريقُ الضيقُ مملوكًا للواقف أو القاعد ضمنه السائرُ لتعديهِ بسلوكهِ فى ملكِ غيره بغيرِ إذنهِ مع أن الواقفَ والقاعدَ غير متعدٍ بوقوفه فى ملكه، ومن جنى على نفسه أو على طرفهِ عمدًا أو خطأ فلا شىءَ له من بيتِ المال ولا من غيرهِ، بل هو هَدَرٌ؛ لأن عامرَ بن الأكوع رجع سيفه عليه يوم خيبر ولم ينقل أنه وُدي، ولو جبتْ الديةُ لبينها رسولُ الله ﷺ[1].

مذهب الظاهرية:

جاء فى (المحلى): إذا اصطدمت السفينتان بغيرِ قصدٍ من ركابِها لكن بغلبةٍ أو غفلةٍ فلا ضمانَ فى ذلكَ أصلاً، فإن حملا سفينتهما على التصادمِ فهلكتا ضمنَ كلُّ واحدٍ نصفَ قيمةِ السفينةِ الأخرى؛ لأنها هلكت من فعلِها ومن فعلِ ركابِها، ثم قال ابنُ حزمٍ: إن السفينتين إذا اصطدمتا بغلبةِ ريحٍ أو غفلةٍ فلا شىءَ فى ذلكَ؛ لأنهُ لم يكنْ من الركبانِ فى ذلكَ عملٌ أصلاً، ولم يكسبوا على أنفسهم شيئًا، وأموالهُم وأموالُ عواقلِهم محرمةٌ إلاَّ بنصٍ أو إجماعٍ، وأما من سقطَ من علوٍ على إنسانٍ فماتا جميعًا، أو مات الواقعُ أو الموقوعُ عليه فإن الواقعَ هو المباشرُ لإتلافِ الموقوعِ عليه بلا شكٍ وبالمشاهدة؛ لأن الوقعةَ قتلتْ المَوقوعَ عليه، ولم يعمل الموقوعُ عليه شيئًا، فَديةُ الموقوعِ عليه إن هلكَ على عاقلة الواقعِ إن لم يتعمد الوقوعَ عليه؛ لأنه قاتلٌ خطأ، فإن تعمد فالقودُ واقعٌ عليه إن سلم، أو الديةُ، وكذلك الديةُ فى ماله إن مات الموقوعُ عليه قبلهُ، فإن مَاتا معًا، أو ماتَ الواقعُ قبلَ: فلا شىءَ فى ذلكَ لما ذكرنا من أن الديةَ إنما تجبُ بموتِ المقتولِ المجنى عليه لا قبلَ ذلك، فإذا مات فى حياةِ قاتلهِ فقد وجبَتْ الديةُ أو القودُ فى مالِ القاتلِ، وإذا ماتَ مع قاتلهِ أو بعدَ قاتله فلم يجب له بعدُ شىء لا قودَ ولا ديةَ فى حياة القاتلِ، فإذا مات فالقاتلُ غيرُ موجودٍ والمالُ قد صار للورثة[2].

مذهب الزيدية:

جاءَ فى (شرحِ الأزهارِ): أن من تجاذبا حبلاً فانقطع بالمجاذبة فهلكا فعلى العاقلةِ الأرش، فإن كان الحبل لأحدهما دون الآخر لزم عاقلة المُتَعدى منهما دية غيرِ التعدى، وإذا تجاذبا حبلهما فانقطع فهلكا كانا مضمونين جميعًا، فيضمن كلاً عاقلة الأخرى: على كلِ عاقلة ديةٌ كاملة، ولا يجوز للعاقلتين أن يتقاضيا الدية، وقال المؤيد بالله: إن عاقلةَ كُلِ واحدٍ منهما يحملُ نصفَ ديةِ الآخرِ لا كلها؛ لأن كلَّ واحدٍ منهما مات بفعلهِ وبفعلِ غيره فيُهدر ما قابلَ فعلُ نفسه، قال مولانا ﷺ: وظاهرُ قولِ أصحابنا أنه لا يفرق بين أن يسقطا إلى جهة القفا أو إلى جهة

(١) كشاف القناع: ٤/٤ - ٨.

(٢) المحلى: ١٠/٥٠٣، ٥٠٤.

وجوههما، وقال في شرح الإبانة: ومن سقط إلى جهة قفاه فذلك بفعله فلا يكون مضمونًا، ومن سقطَ إلى وجهه كان مضمونًا، ولو قطعَ الحبلَ ثالثٌ فديتهما معًا على عاقلته، ومثلُ المتجاذبين ... الفارسان وصاحبا الفلكين اصطدما خطأ، أما لو تعمد الفارسان أو أهل الفلكين المصادمةَ بأن يسوقَ كلُّ واحدٍ إلى صاحبه لقصدِ الجنايةِ هُدِرَ المتعدى وكان غيرُه مضمونا ضمانَ عمدٍ لا ضمانَ خطأ؛ لأن الفرسَ والسفينةَ في حكمِ الآلة لراكبهما الحاكمِ عليهما[1].

مذهب الإمامية:

جاء في (شرائع الإسلام): أنه لو اصطدمت سفينتان بتفريط القيمين وهما مالكانِ، فلكل منهما على صاحبِه نصفُ قيمةِ ما أتلفَ صاحبُه، وكذا لو اصطدما الحملان فأتلفا أو أتلفَ أحدُهما، أما لو كانا غيرَ مالكين فإن كلَّ واحدٍ منهما يضمنُ نصفَ السفينتين وما فيهما؛ لأن التلفَ منهما والضمانُ في أموالِهما، وسواءٌ كان التالفُ مالاً أو نفوسًا، ولو لم يفرطا بأن غلبتهما الرياحُ فلا ضمانَ، ولا يضمنُ صاحبُ السفينةِ الواقفةِ إذا وقعتْ عليها أخرى، ويضمنُ صاحبُ الواقعةِ لو فرطَ[2].

مذهب الإباضية:

جاء في (شرح النيل): وجوز لرب المال أن يدعو غاصب ماله للحق بأن يقول له: ارتفع معي إلى القاضي أو إلى الجماعة أو إلى من ينصف بينهما، وقاتله إن أبى من الذهاب معه إلى الحق، وعاند في ذلك كُل فاعل قاتل، أي يقاتله كل من حضره في الإباء والعناد، وكل من صح عنده ذلك، ولو لم يحضر إلاّ من خاف على نفسه ذلك القتال بالضرب بالعصا والحجارة ولا يتعمد قتله وإن مات هُدِر دمه؛ لأن صاحب المال منتصر لنفسه[3].

(ب) الإهدار في الاعتداء بالنظر

مذهب الحنفية:

جاء في (حاشية ابن عابدين): ومن نظر في بيت إنسان من ثقب أو شق باب أو نحوه فطعنه صاحب الدار بخشبة أو رماه بحصاة ففقأ عينه يضمن عندنا؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «في العين نصف الدية»[4]، وهو عام، ولأن مجرد النظر إليه لا يبيح الجنَاية عليه، كما لو نظر من الباب المفتوح، وكما لو دخل بيته ونظر فيه، أو نال من امرأته ما دون الفرج لم يجز قلع عينه؛ لأن قوله عليه الصلاة والسلام: «لا يحل دم امرئ مسلم»[5]، يقتضي عدم سقوط عصمته، والمراد بما روى أبو هريرة المبالغة في الزجر عن ذلك[6].

مذهب المالكية:

جاء في (الشرح الكبير): من نظر له من كوة أو غيرها كباب فقصد عينه أي: رميها بحجر ونحوها ففقأها ضمن، يعني اقتص منه على

---

(١) شرح الأزهار: ٤/٤١٣.

(٢) شرائع الإسلام: ٢/٢٩٤.

(٣) شرح النيل مسألة رقم ٣٩٩، ٤٠٠.

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة بمعناه في مصنفه ٥/٣٥٦.

(٥) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الديات، باب قول الله تعالى: ﴿أن النفس بالنفس ....﴾ حديث رقم ٦٨٧٨.

(٦) حاشية ابن عابدين: ٥/٣٨٥ بتصرف.

المعتمد لا ضمن الدية، كما هو مقتضى عطفه على ما قبله، وإلا يقصد بالرمى عنه، بل قصد زجره فلا ضمان، بمعنى لا قود، فلا ينافى أن عليه الدية لكن على العاقلة على المعتمد[(١)].

مذهب الشافعية:

جاء فى (نهاية المحتاج): ومن نظر إلى واحدة من حرمه أى: زوجاته وإمائه ومحارمه، فى داره عمدًا فرماه بخفيف كحصاة أو ثقيل ولم يجد سواه فأعماه أو أصاب قرب عينه مما يخطئ منه إليه غالبًا، ولم يقصد الرمى لذلك المحل ابتداء فجرحه فمات فهدر، ويلحق بذلك ولده الأمرد الحسن فيما يظهر ولو غير متجرد، وكذا من نظر إليه فى حال كشف عورته، ومثله خنثى مشكل أو محرم له مكشوفها فى داره التى يجوز له الانتفاع بها ولو مستعارة، وإن كان الناظر المعير كما رجحه الأذرعى، من كوة أو ثقب لخبر الصحيحين: **«من اطلع فى بيت قوم بغير إذنهم فقد حل لهم أن يفقئوا عينه»**، وفى رواية: **«ففقئوا عينه فلا دية له ولا قصاص»**[(٢)]، وصح خبر: **«لو أن امرأ اطلع عليك بغير إذنك ففقأت عينه ما كان عليك من حرج»**[(٣)]، ولا نظر لعدم تكليف المراهق؛ إذ الرمى لدفع مفسدة النظر وهى حاصلة به؛ أنه فى النظر كالبالغ، وبعضهم اشترط الإنذار قبل رميه تقديمًا للأخف كما مر، والأصح عدم وجوبه، وهذا محمول على إنذار لا يفيد، وإلا وجب تقديمه كما قاله الإمام، وقيس عليه النظر من نحو سطح أو منارة كهو كمن نظر من كوة ضيقة؛ إذ لا تفريط من رب الدار[(٤)].

مذهب الحنابلة:

جاء فى (شرح منتهى الإرادات): ومن نظر فى بيت غيره من خصاص باب مغلق أى: الفروج والخلل الذى فيه ونحوه؛ كفروج بحائط أو بيت شعر وكوة ونحوها، ولو لم يتعمد الناظر الاطلاع لكن ظنه رب البيت متعمدًا، وسواء كان فى الدار نساء أو لا، أو كان محرمًا، أو نظر من الطريق أو ملكه أو لا، فخذف عينه أو نحوها كحاجبه فتلفت فذلك هدر، وكذا لو طعنه بعود، لا إن رماه بحجر كبير أو رشقه بسهم أو طعنه بحديدة، ولا يتبعه؛ لحديث أبى هريرة مرفوعا: **«من اطلع فى بيت ففقئوا عينه فلا دية ولا قصاص»**[(٥)]، وفى رواية: **«من اطلع فى بيت قوم بغير إذنهم فقد حل لهم أن يفقئوا عينه»**[(٦)]، ولأنه فى معنى الصائل؛ لأن المساكن حمى ساكنها، والقصد منها ستر عوراتهم عن الناس، والعين آلة النظر بخلاف مستمع أعمى أو بصير وضع أذنه فى خصاصه، أى للباب المغلق فليس له قصد أذنه بطعن أو نحوه قبل إنذاره؛ اقتصارًا على مورد النص، ولأن النظر أبلغ من السمع، فإن أنذره فأبى فله طعنه كدفع الصائل، وبخلاف ناظر من باب منفتح لتفريط ربه بتركه مفتوحًا[(٧)].

---

(١) حاشية الدسوقى مع الشرح الكبير: ٢٥٧/٤ بتصرف.
(٢) صحيح مسلم: كتاب الآداب - باب تحريم النظر فى بيت غيره.
(٣) صحيح البخارى: كتاب الديات - باب من اطلع فى بيت قوم ففقئوا عينه فلا دية له.
(٤) نهاية المحتاج: ٢٦/٨، ٢٧.
(٥) سبق تخريجه.
(٦) السنن الكبرى للبيهقى: كتاب الأشربة والحد فيها - باب التعدى والاطلاع.
(٧) شرح منتهى الإرادات: ١٤٠/٤ بتصرف.

مذهب الظاهرية:

جاء فى (المحلى): ولكل أحد أن يفتح ما شاء فى حائطه من كوة أو باب، وأما الاطلاع فمنعه واجب؛ لما روينا من طريق البخارى عن أبى هريرة قال: قال أبو القاسم ﷺ: «لو أن امرءاً اطلع عليك بغير إذن فحذفته بعصا ففقأت عينه لم يكن عليك جناح»[١]، ورويناه أيضاً من طريق أخرى (بحصاة) وهو أصح[٢].

مذهب الزيدية:

جاء فى (البحر الزخار): يحرم التطلع من الجدران وخروق الأبواب؛ لقوله ﷺ: «من اطلع فى دار قوم من غير إذنهم ففقئوا عينه فقد هدرت»[٣]، فلا قصاص للخبر؛ حيث لم يندفع إلا بالفقد، وإلا اقتص إلا أن يكون له فى الدار محرم فهو شبهة، وكذا إن نظر من باب مفتوح؛ إذ التفريط من صاحب الدار يضمن، وإن لم يندفع إلا به، لنا ظاهر الخبر، ووجهه المعاقبة للمطلع، وليس له أن يطعنه برمح أو يرميه بسهم؛ إذ هما قاتلان، بل بعود أو بندقية أو حصاة، فإن خالف لزم القصاص[٤].

مذهب الإمامية:

جاء فى (الروضة البهية): لو اطلع إنسان على عورة قوم ولو إلى وجه امرأة ليست بمحرم للمطلع فلهم زجره، فإن امتنع وأصر على النظر جاز لهم رميه بما يندفع به، فإن فعلوا فرموه بحصاة ونحوها فجنى عليه كان هدراً، ولو بدروه من غير زجر ضمنوه، والرحم الذى يجوز نظره للمطلع عليهم يزجر لا غير إلا أن يكون المنظور امرأة مجردة، فيجوز رميه بعد زجره كالأجنبى؛ لمساواته له فى تحريم نظر العورة، ويجب التدرج فى المرمى به من الأسهل إلى الأقوى على وجه ينزجر به، فإن لم يندفع إلا برميه بما يقتله فهدر، ولا فرق بين المطلع من ملك المنظور وغيره حتى الطريق وملك الناظر، ولو كان المنظور فى الطريق لم يكن له رمى من ينظر إليه؛ لتفريطه، نعم له زجره؛ لتحريم نظره مطلقاً[٥].

مذهب الإباضية:

جاء فى (شرح النيل): قد هدر ﷺ دم الناظر من خلل الباب فكيف الناظر لشهوة[٦].

٤- الإهدار فى جناية العجماء

مذهب الحنفية:

جاء فى (فتح القدير): لو أوثق دابته على الطريق يكون الضمان على الراكب والناخس نصفين؛ لأنه متعد فى الإيقاف أيضاً، وإن نفحت الناخس كان دمه هدراً؛ لأنه بمنزلة الجانى على نفسه، وإن ألقت الراكب فقتلته كان ديته على عاقلة الناخس؛ لأنه متعد فى تسببه، وفيه الدية على العاقلة[٧].

---

(١) صحيح البخارى: كتاب الديات - باب من اطلع فى بيت قوم ففقئوا عينه فلا دية له.
(٢) المحلى: ٢٤١/٨ بتصرف.
(٣) سنن أبى داود: كتاب الأدب - باب فى الاستئذان.
(٤) البحر الزخار: ٢٨٤/٤، ٢٨٥.
(٥) الروضة البهية: ٢٩٤/٢، ٢٩٥.
(٦) شرح النيل: ٤٣٠/٧ بتصرف.
(٧) فتح القدير: ٣٥٢/٨.

مذهب المالكية:

جـاء فى (المدونة): قـال مـالك: لا يكون على رب الدابة للكرى ولا على رب البـعـيـر قليل ولا كثير، إلا أن يكون غرُّه من عثارها، أو غره من الحبال التى ربط بها متاعه؛ لضعف الحبال، ولمعرفة الناس بهذه الحبال أنها لا تثبت هذا المتاع إذا رُبط بها، فهذا يضمن إذا كان هكذا، قلت: ولِمَ لا تضمنه إذا عثرت دابته، وإن لم تكن عثورًا؟ قال: لأنه لم يغره من شىء، ولأن كل ما يجىء من قبل الدواب فهو هدر لا شىء فيه؛ لأن العجماء جُبَار إلا أن يكون قد ذعرها رجل، أو فعل بها رجل شيئًا فأسقطت ما عليها بفعل ذلك الرجل بها، فيكون ضمانها على الذى فعل ذلك بها[1].

وجاء فى (الفواكه الدوانى): الإتلاف الحاصل من الدابة من غير فعل الراكب والسائق والقائد بأن أتلفته بذنبها أو كدمته بفمها ولم تكن معروفة بذلك، ولم يتمكن سائقها أو قائدها أو راكبها من منعها، أو أتلفته وهى واقفة فى محلها المعد لها أو المأذون فيه شرعًا كباب المسجد أو السوق ولم تكن معروفة بالعداء وحصل الإتلاف منها لغير شىء فُعِل بها فذلك هدر، أى ساقط عن صاحبها، وأما لو أتلفت من أجل شىء فُعل بها فضمانه على الفاعل، كما لو ضربها شخص فضربت برجلها أو بقرنها آخر فقتلته[2].

مذهب الشافعية:

جاء فى (نهاية المحتاج): ما أتلفته الدابة نهارًا هدر، وما أتلفته ليلاً فمضمون على صاحبها، قال بعضهم: والتعبير بالليل والنهار جرى على الغالب، وإلا فالمدار على ما جرت العادة بحفظ الدواب فيه ليلاً كان أو نهارًا، فالوقت الذى اعتيد فيه الحفظ إذا أتلفت فيه شيئًا ضمنه، والذى لم يعتد إذا أتلفت فيه شيئًا لا يضمنه، ولو اعتيد حفظها ليلاً ونهارًا ضمن فيهما[3].

وجاء فى موضع آخر: أفتى البلقينى فى نَحْلٍ قَتَل جملاً بأنه هدر؛ لتقصير صاحبه: أى حيث لم يضعه فى بيت مُسَقَّف، أو لم يضع عليه ما يمنع وصول النحل إليه، ولا فرق فى ذلك بين كون الجمل فى ملكه أو غيره دون صاحب النحل؛ إذ لا يمكنه ضبطه[4].

وجاء فى (تحفة المحتاج): ولو ربط ببابه أو دهليزه نحو كلب عقور ودعا ضيفًا فافترسه هدر ... ثم قال: ولو وضع جانٍ صبيًا بغير مسبعة فاتفق أن سبعًا أكله هدر قطعًا، كما لو فصده فلم يعصب جرحه حتى مات[5].

مذهب الحنابلة:

جاء فى (كشاف القناع): ومن نَفَّر البهيمة، أو نخسها ضمن وحده؛ لأنه المتسبب فى جنايتها دون الراكب والسائق والقائد، فإن جنت البهيمة على من نفرها أو نخسها فالجناية هدر؛ لأنه السبب فى الجناية على نفسه ... ثم قال: ولو

---

(١) المدونة: ١٣١/١١.

(٢) الفواكه الدوانى على رسالة ابن أبى زيد القيروانى: ١٠٩/٢ بتصرف.

(٣) نهاية المحتاج: ٨١/٤.

(٤) السابق: ٣٨/٨ بتصرف.

(٥) تحفة المحتاج: ٣٠٣/٨، ٣٣٦.

قدر أن يخرج المواشى من مزرعته وله منصرف غير المزارع يخرجها منه فتركها فى مزرعته فما أفسدت منها هدر لا ضمان على ربها فيه؛ لأن رب الزرع هو المفرط إذن ... ثم قال: والحطب عليه إذا خرق ثوب آدمى بصير عاقل يجد منحرفا، أى: موضعًا يتحول إليه، فالخرق هدر لا يضمنه الحطَّاب؛ لتقصير رب الثوب بعدم الانحراف، قلت: وقياسه: لو جرحه ونحوه، وكالحطب حديد ونحوه[1].

وجاء فى (المغنى): وإذا اصطدم الفارسان وكان أحدهما يسير، والآخر واقفًا، فعلى السائر قيمة دابة الواقف. نص أحمد على هذا؛ لأن السائر هو الصادم المتلف، فكان الضمان عليه، وإن مات هو أو دابته، فهو هدر؛ لأنه أتلف نفسه ودابته[2].

مذهب الظاهرية:

جاء فى (المحلى): أن كل ما جنى برجل من إنسان أو حيوان فهو هدر لا غرامة فيه ولا قود ولا كفارة، إلا ما صح الإجماع به بأنه محكوم فيه بالقود كالتعمد لذلك[3].

مذهب الزيدية:

جاء فى (البحر الزخار): يضمن إجماعًا ما أصابت دابة طُردت فى حق عام أو ملك الغير أو فرَّط فى حفظها حيث يجب؛ إذ إباحة استطراقه مشروطة بسلامة العاقبة، وإلا فلا ضمان؛ لقوله ﷺ: «وجُرح العجماء جُبار»[4]، ورفسها مضمون على السائق والقائد والراكب إجماعًا، قلت: ولو فى ملكه؛ إذ هى كالآلة له، ولا تضمن نفحتها برجلها؛ لقوله ﷺ: «الرِّجلُ جبار»[5]، وإذ لا فعل لغيرها فيها، قلت: وكذلك بولها وروثها وتشمسها تضمن؛ إذ هى فى أيديهم، قلنا: لا فعل لهم فى النفحة بخلاف المشى إن كانت بإفزاع ضمن المفزع، وإلا فلا، قلت: وهو الأقرب للمذهب، فإن أثارت حجرًا ضمن الراكب والسائق والقائد؛ إذ لا يكون إلا بعنف، وكذلك لو سقط السرج فأعنت؛ لقوله ﷺ: «لا يذهب دم امرئ مسلم هدرًا»[6] ويضمن الناخس ما جنت بسبب نخسه أو كبحه غير المعتاد؛ إذ يصير كالآلة، إلا أن يكون فى ملكه، أو فى مباح[7].

مذهب الإمامية:

جاء فى (الروضة البهية): يضمن راكب الدابة ما تجنيه بيديها ورأسها دون رجليها، والقائد لها كذلك يضمن جناية يديها ورأسها خاصة، والسائق يضمنها مطلقًا، وكذا يضمن جنايتها مطلقًا لو وقف بها الراكب، أو القائد، ومستند التفصيل أخبار كثيرة نبه فى بعضها على الفرق بأن الراكب والقائد يملكان يديها ورأسها ويوجهانها كيف شاءا، ولا يملكان رجليها؛ لأنهما خلفهما، والسائق يملك الجميع، ولو ركبها اثنان تساويا فى الضمان؛ لاشتراكهما فى اليد

---

(١) كشاف القناع: ٢/ ٣٧٠، ٣٧١ بتصرف.

(٢) المغنى: ١٠/ ٣٦٠.

(٣) المحلى: ١١/ ٢٠.

(٤) أخرجه البخارى: كتاب الزكاة، باب فى الركاز الخمس، وسنن النسائى: كتاب الزكاة، باب المعدن.

(٥) أخرجه أبو داود فى سننه كتاب الديات – باب، فى الدابة تنفح برجلها رقم ٤٥٩٤.

(٦) أخرجه ابن أبى شيبة فى مصنفه، كتاب: الديات، باب الرجل يقع على الرجل أو يثب عليه بلفظ: (لا يبطل دم مسلم).

(٧) البحر الزخار: ٦/ ٨٦ بتصرف.

والسببية إلا أن يكون أحدهما ضعيفًا؛ لصغر أو مرض، فيختص الضمان بالآخر؛ لأنه المتولى أمرها، ولو كان صاحبها معها مراعيًا لها فلا ضمان على الراكب، وبقى فى المالك ما سبق من التفصيل باعتبار كونه سائقًا أو قائدًا، ولو لم يكن المالك مراعيًا لها، بل تولى أمرها الراكب ضمن دون المالك، ويضمنه مالكها الراكب أيضًا لو نفرها فالقته، لا إن القته بغير سببه[1].

مذهب الإباضية:

جاء فى (شرح النيل): إن أطلق ماشيته نهارًا فى المرعى والفلاة فرجعت فأكلت فذلك هدر، وإن أطلقها فى عمارة كمزرع ضمن ما أكلت ولو نهارًا، وقيل: إذا وثقت بما يوثق مثلها فانفلتت فأفسدت أو أكلت فذلك هدر، ولا يُعاقب أهل الدواب بالتهم، ولكن بما صح وثبت[2].

٥- الإهدار فيما تلف بالريح والنار:

مذهب الحنفية:

جاء فى (تبيين الحقائق): ولو حركت الريح عين الجمر فحولته إلى موضع آخر غير الموضع الذى وضعه فيه واضعه من قبل فأحرق شيئًا لا يضمن واضعه؛ لنسخ الريح فعله بالتحويل، وإن حركت الشرر يضمن عند بعضهم؛ لأن العين باقية فلم ينسخ فعله، وقيل: إذا كان اليوم ريحًا ضمن وإن حولته أيضًا؛ لأنه فعل ذلك مع علمه بعاقبته وقد أفضى إليها فيضمن كمباشرته[3].

مذهب المالكية:

جاء فى (شرح الخرشى): إن من أجج نارًا وأشعلها فى يوم عاصف فأحرقت شيئًا فإنه يضمنه، إلا أن يكون ذلك فى مكان بعيد لا يظن أن يصل إلى الشىء الذى حرق فإنه لا ضمان عليه حينئذٍ، وكذلك لا ضمان على من أجج نارًا فى وقت لا ريح فيه، ثم إن الريح عصفت عليها فنقلتها إلى متاع شخص فأتلفته، ومن خاف من النار على زرعه أو على داره فقام ليطفئها فأُحرِق فيها فإن دمه يكون هدرًا، وظاهره سواء كان فاعلها يضمن ما أتلفه كما إذا هيجها فى يوم عاصف أم لا، وهو ظاهر قول البساطى[4].

مذهب الشافعية:

جاء فى (المهذب): وإن طرح رجلاً فى نار يمكنه الخروج منها فلم يخرج حتى مات ففيه قولان، أحدهما: أنه تجب الدية؛ لأن ترك التخلص من الهلاك لا يسقط به ضمان الجناية، كما لو جرحه جراحة فى النار لا يحصل به التلف، وإنما يحصل ببقائه فيها باختياره فسقط ضمانه كما لو جرحه جرحًا يسيرًا لا يخاف منه توسعة حق مات[5].

مذهب الحنابلة:

جاء فى (المغنى): وإذا وضع جرة على سطحه أو حائطه أو حجرًا فرمته الريح على إنسان فقتلته، أو شىء أتلفته لم يضمن؛ لأن ذلك من غير فعله، ووضعه له كان فى ملكه، ويحتمل أن يضمن إذا وضعها متطرفة؛ لأنه تسبب فى

(١) الروضة البهية: ٤٢٦/٢ بتصرف.
(٢) شرح النيل: ٨٠/٧ بتصرف.
(٣) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق: ١٤٤/٦.
(٤) شرح الخرشى: ٨/١١، ١٢.
(٥) المهذب: ١٩٢/٢.

إلقائها وتعدى بوضعها فأشبه من بنى حائطًا مائلاً[١].

مذهب الظاهرية:

جاء فى (المحلى): أن من أوقد نارًا ليصطلى بها أو ليطبخ شيئًا، أو أوقد سراجًا ثم نام فاشتعلت تلك النار فأتلفت أمتعة وناسًا فلا شىء عليه فى ذلك أصلاً، فعن أبى هريرة قال: قال: رسول الله ﷺ: «النار جُبَار»[٢]، وهذا خبر صحيح، فوجب أن كل ما أتلف بالنار فهو هدر إلا نارًا اتفق الجميع على تضمين طارحها، وليس ذلك إلا ما تعمد الإنسان طرحها للإفساد والإتلاف فهو مباشر[٣].

مذهب الزيدية:

جاء فى (البحر الزخار): أنه لو أوقد نارًا فى ملكه فصارت شرارة فأحرقت فلا ضمان، ونظير ذلك من ألقى قشر الموز أو نحوه أو رشَّ على باب داره فزلق به الغير فلا ضمان إلا أن تكون طريقًا، وكذا لو وضع جرة على جداره فسقطت على الغير فلا ضمان؛ إذ لا تعدى[٤].

وجاء فى (شرح الأزهار): ولو تعدت النار موضع تأججها فأهلكت أحدًا فى غير موضع التعدى فإنه مضمون على واضعها، بخلاف ما إذا وضعها فى ملكه فحملتها الريح إلى موضع فأهلكت شيئًا فيه فإنه لا يضمنه؛ لأنها انتقلت عن وضعه وبطل حكمه، ذكر ذلك القاسم[٥].

مذهب الإمامية:

جاء فى (الروضة البهية): ولو ألقت الريح إنسانًا أو زلق فوقع بغير اختياره فهدر جنايته على غيره ونفسه، وقيل: تؤخذ دية المجنى عليه من بيت المال، ولو أجج نارًا فى ملكه ولو للمنفعة فى ريح معتدل، أو ساكنة ولم يرد النار على قدر الحاجة التى أحرقها لأجلها فلا ضمان؛ لأن له التصرف فى ملكه كيف شاء، وإن عصفت الريح بعد إضرامها بغتة لعدم التفريط، فالضمان مشروط بأحد الأمرين: الزيادة، أو عصف الريح، وقيل: يُشترط اجتماعهما معًا، وقيل: يكفى ظن التعدى إلى ملك الغير مطلقًا، ولو أجج النار فى المباح فالظاهر أنه كالملك؛ لجواز التصرف فيه[٦].

مذهب الإباضية:

جاء فى (شرح النيل): ومن استؤجر لردم حفير[٧] معلوم وهو الدفن بالرص، أو سد ثلمة[٨] معلومة فى موضع معلوم بأجر معين قبضه، أى بأجر معين مقبوض أو مقبوضًا بعد الاستئجار، فعمل بعضًا من الردم أو السد، ثم هدمه أو بعضه سيل أو ريح أو إنسان أو حيوان أو غير ذلك، أى أزاله فشمل الردم والسد، وذهب به لم يضمن، أى لم يكن زوال ذلك عليه، بل زال على رب العمل، وللأجير الكراء بحسب ما عمل إن لم يدلسه فى الردم أو السد[٩].

---

(١) المغنى: ٩/٥٧٧.
(٢) سنن أبى داود كتاب الديات، باب فى النار تعدى، وابن ماجه كتاب الديات، باب الجبار.
(٣) المحلى: ١١/١٩.
(٤) البحر الزخار: ٥/٢٤٤.
(٥) شرح الأزهار: ٤/٤٢٠-٤٢١.

(٦) الروضة البهية: ٢/٢٤١-٤٢٥.
(٧) الحفير: هو البئر الموسعة فوق قدرها. (لسان العرب: مادة حفر).
(٨) الثُّلمة: فرجة المكسور والمهدوم. تاج العروس مادة: (ثلم).
(٩) شرح النيل: ٥/١٢٩ بتصرف.

وجاء فى موضع آخر: لا يضمن مكترى سفينة أصيبت من فوقها بنحو ريح أو ماء مما ليس بسببه[١].

٦- إهدار ما تلف بسبب الميزاب:

مذهب الحنفية:

جاء فى (تبيين الحقائق): لو سقط الميزاب فأصاب ما كان منه فى الداخل رجلاً فقتله فلا ضمان على أحد؛ لأنه وضع ذلك فى ملكه، فلا يكون متعديًا فيه، وإن أصاب ما كان منه خارجًا فالضمان على من وضعه؛ لأنه متعدٍ فيه بشغل هواء الطريق، ولو أصابه الطرفان وعلم ذلك وجب النصف وهدر النصف، فصار كما إذا جرحه إنسان وسبع ومات منهما، ولو لم يعلم أى طرف أصابه ففى القياس لا يجب عليه شىء؛ لأنه إن أصابه ما كان خارجًا يضمن، وإن أصابه ما كان داخلاً لا يضمن، فلا يضمن بالشك؛ لأن فراغ ذمته كان ثابتًا بيقين وفى الشغل شك، وفى الاستحسان يضمن النصف؛ لأنه فى حال يضمن الكل، وفى حال لا يضمن شيئًا فيضمنُ النصف[٢].

مذهب المالكية:

جاء فى (شرح الخرشى): من اتخذ ميزابا لمطر فسقط على شىء من نفس أو مال فأتلفه فإنه لا ضمان عليه، بل هو هدر[٣].

مذهب الشافعية:

جاء فى (المهذب): أن من نصب ميزابًا فوقع على إنسان فقتلت به ففيه قولان للشافعى، قال فى القديم: لا يضمن؛ لأنه مضطر إليه ولا يجد بدًا منه، وقال فى الجديد: يضمن؛ لأنه غيرُ مضطر إليه؛ لأنه كان يمكنه أن يحفر فى ملكه بئرًا يجرى الماء إليها[٤].

مذهب الحنابلة:

جاء فى (المغنى): أن من أخرج ميزابًا إلى الطريق فسقط على إنسان أو شىء، أو ملك غيره شيئًا يضر به فهو يشبه ما لو أخرجه إلى ملك آدمى معين بغير إذنه، فأما إن أخرج إلى ملك آدمى معين شيئًا من جناح أو ساباط أو ميزاب أو غيره فهو متعدٍ ويضمن ما تلف به، وإن أخرج ذلك إلى درب غير نافذ بغير إذن أهله ضمن ما أتلفه، وإن فعل ذلك بإذنهم فلا ضمان عليه؛ لأنه مباح له غير متعدٍ فيه[٥].

مذهب الظاهرية:

جاء فى (المحلى): أنه لا يضمن أحد شيئًا مما تلف بسبب الميزاب، ووجب علينا أن ننظر فى ذلك لنعلم الحق فنتبعه، فنظرنا فى قول من قال بالتضمين فوجدناهم يذكرون ما روينا عن طريق عبدالرزاق قال: قال رسول الله ﷺ: «من اخرج من حده شيئا فأصاب إنسانا فهو ضامن»[٦] قال أبو محمد: ما يعلم لهم شيئًا غير هذا، وكل هذا لا شىء، أما الخبر المذكور فلا يصح؛ لأنه مرسل عن الحسن، والمرسل لا حجة

---

(١) شرح النيل: ٥/١٧٠ بتصرف.
(٢) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعى: ٦/١٤٣.
(٣) شرح الخرشى: ٨/١١١، ١١٢.
(٤) المهذب: ٢/١٩٣، ١٩٤.
(٥) المغنى: ٩/٥٧٥، ٥٧٦.
(٦) أخرجه عبدالرزاق فى مصنفه: ٨/١٩٣.

فيه، ولم يسنده أحد إلاّ حماد بن مالك وليس بالقوى، قاله البزار وغيره فسقط التعلق به، أما الرواية عن علىٍّ فباطلة؛ لأنها عن الحجاج بن أرطأة وعبد الوهاب بن مجاهد وكلاهما فى غاية السقوط، قال علىٌّ: فلم يبق للتضمين حجة أصلاً، وقد صح أن الأقوال محرفة، فلا يحل إلزام أحد غرامة لم يوجبها نص أو إجماع، فوجب أن لا ضمان فى شىء من ذلك(١).

مذهب الزيدية:

جاء فى (حاشية شرح الأزهار): أن سقوط الميزاب إما أن يكون لثقل خارجه أو لأمر آخر، فإن كان لثقل خارجه، فإن أصاب بخارجه ضمن، وإن أصاب بداخله لم يضمن، وإن أصاب بهما معًا ضمن الكل على المختار، وهو قول الهادوية، وإن التبس بأيهما أصاب لم يضمن؛ لأن الأصل براءة الذمة، وكذا إذا انكسر وأصاب بداخله ولم يكن لثقل الخارج، ولا ضمان فى هذه الصورة، وإن سقط لثقل خارجه فهو متعدٍ به لكلٍّ فيضمن بأيهما أصاب(٢).

مذهب الإمامية:

جاء فى (الروضة البهية): ولو وقع الميزاب المنصوب على الطريق ولا تفريط، بأن كان مثبتًا على عادة أمثاله، فالأقرب عدم الضمان للإذن فى وضع الميازيب شرعًا، ولأصالة البراءة، وقيل: يضمن، وإن جاز وضعه؛ لأنه سبب لإتلاف، وإن أبيح السبب كالطبيب والبيطار والمؤدب، ولصحيحة أبى الصباح الكنانى عن الصادق عليه الصلاة والسلام قال: «من أضر بشىء من طريق المسلمين فهو له ضامن»(٣)، ولرواية السكونى عن الصادق، أن رسول الله ﷺ قال: «من أخرج ميزابًا أو كنيفًا أو وتدًا أو أوثق دابةً أو حفر بئرًا فى طريق المسلمين فأصاب شيئًا فعطب فهو له ضامن»(٤)، وهو نص فى الباب لو صح طريقه، وفصَّل آخرون، فحكموا بالضمان مطلقًا، إن كان الساقط الخارج منه عن الحائط؛ لأن وضعه فى الطريق مشروط بعدم الإضرار كالروشن(٥) والساباط، ويضمان النصف إن كان الساقط الجميع لحصول التلف بأمرين: أحدهما غير مضمون؛ لأن ما فى الحائط منه بمنزلة أجر الحائط وهى لا تُوجب ضمانًا حيث لا تقصير فى حفظها، وكذا القول فى الجناح والروشن، لا يضمن ما يتلف بسببهما إلاّ مع التفريط، وكذا لو كانت خشبة موضوعة فى حائط، ضمن النصف إن سقطت أجمع، وإن انتصفت وسقط الخارج عنه أو كانت موضوعة على غير ملكه ضمن الجميع، هذا كله فى الطريق النافذة، أما غير النافذة فلا يجوز فعل ذلك فيها إلا بإذن أربابها أجمع؛ لأنها ملك لهم، وإن كان الواضع أحدهم، فبدون الإذن يضمن مطلقًا إلا القدر الداخل فى ملكه؛ لأنه شائع لا يتعقبه ضمان(٦).

---

(١) المحلى: ١٠/٥٢٦-٥٢٧.

(٢) شرح الأزهار: ٤/٤١١.

(٣) أخرجه ابن أبى شيبة فى مصنفه: ٥/٣٩٩ حديث ٢٧٣٥٧ بلفظ: «من أخرج من داره شيئًا إلى طريق فأصاب شيئًا فهو له ضامن من حجر أو عود، أو حفر بئرًا فى طريق المسلمين تؤخذ ديته ولا يقاد منه».

(٤) نصب الراية فى تخريج أحاديث الهداية باب ما يحدث الرجل فى الطريق بلفظ: «ومن أخرج إلى الطريق الأعظم كنيفًا أو ميزابًا أو جُرصُنًا أو بنى دكانًا للرجل من عرض الناس أن ينزعه».

(٥) الروشن: بفتح الراء هو الخارج من خشب البناء انظر تحرير ألفاظ التنبيه: ١/٣٠٠.

(٦) الروضة البهية: ٢/٤٢٥.

٧- إهدار ما تلف بحفر البئر، وما أشبهه:

مذهب الحنفية:

جاء فى (تبيين الحقائق): لو حفر رجل بئرًا، أو وضع حجرًا فى ملكه فلا يضمن ما تلف بذلك لعدم تعديه، وكذلك لو كنس الطريق فعطب بموضع كنسه إنسان حيث لا يضمن؛ لأنه ليس بمتعدٍ فيه؛ لأنه لم يحدث فيه شيء، وإنما قصد إماطة الأذى عن الطريق، حتى لو جمع الكناسة وتعرقل بها إنسانٌ ضمن؛ لوجود التعدى بشغله الطريق، وإذا رش الطريق ولم يتجاوز المعتاد لا يضمن، ولو تعمد المرور فى موضع الصب مع علمه بخلاف ما إذا كان بغير علمه بأن كان ليلاً، أو أعمى بذلك لا يضمن الراش؛ لأنه هو الذى خاطر بنفسه فصار كمن وثب فى البئر من جانب إلى جانب فوقع فيها، وقيل: يضمن مع العلم أيضًا إذا رَشَّ جميع الطريق؛ لأنه مضطر إلى المرور فيه، وإن حفر بالوعة فى الطريق فإن أمره السلطان بذلك فإنه لا يضمن؛ لأنه غير متعد فيه؛ لأن له ولاية فى أمور العامة، وبغير أمره يضمن ما عطب فيها لوجود التعدى، والفناء كالدار فى تصرفه، ولو وقع رجل فى البئر المحفور فى طريق العامة فمات فيه جوعًا أو عطشًا أو غمًا فلا ضمان على الحافر عند أبى حنيفة ﵁؛ لأنه مات بمعنى فى نفسه، والضمان إنما يجب إذا مات من الوقوع، وقال أبو يوسف رحمه الله فى الجوع كذلك، وإن مات غمًا يجب الضمان؛ لأنه لا سبب للغم سوى الوقوع فيه، أما الجوع والعطش فلا يختص بالبئر، وقال محمد رحمه الله: هو ضامن فى الوجوه كلها؛ لأن ذلك جعل له بسبب الوقوع، ولولا ذلك لتناول الخبز والماء، ومن جعل بالوعة فى طريق بأمر سلطان أو فى ملكه، ووضع خشبة فيها أو قنطرة بلا إذن الإمام فتعمد رجل المرور عليها لم يضمن؛ لأن حفر البالوعة بإذن الإمام أو فى ملكه ليس بتعدٍ، ووضع الخشبة أو القنطرة بلا إذن الإمام، وإن وجد التعدى منه فيهما، لكن تعمده بالمرور عليهما يقطع النسبة إلى الواضع بسبب، والمار مباشر، فصار هو صاحب علة، فلا يعتبر التسبب معه(١).

مذهب المالكية:

جاء فى (شرح الخرشى): من حفر بئرًا، أو سربًا للماء، أو مظلة فى داره أو أرضه حيث يجوز له اتخاذه فتلف به شيء من نفس أو مال فإنه لا ضمان عليه، بل هو هدر، وجاء بحاشية العدوى: أن من حفر بئرًا فى داره فسقطت على العَمَلة الحاضرين فماتوا فلا ضمان، وكذلك قناة الماء تجرى فى أرضه فمات فيها بسقوط فهدر(٢).

مذهب الشافعية:

جاء فى (المهذب): من حفر بئرًا فى طريق الناس، أو وضع فيه حجرًا، أو طرح فيه ماء، أو قشر بطيخ فهلك به إنسان وجب الضمان عليه؛ لأنه تعدى به، فضمن من هلك به؛ كما لو جنى عليه، وإن حفر بئرًا فى الطريق ووضع آخر حجرًا فعثر رجّل بالحجر ووقع فى البئر فمات وجب الضمان على واضع الحجر؛ لأنه هو الذى

(١) تبيين الحقائق: ٦/١٤٤، ١٤٥.
(٢) شرح الخرشى: ٨/١١١/ ١١٢.

تسبب فى إلقائه فى البئر فصار كما لو ألقاه فيها بيده، وإن حفر بئرًا فى الطريق لا يستضر به الناس، فإن حفرها لنفسه كان حكمه حكم الطريق الذى يستضر الناس بحفر البئر فيه؛ ولأنه لا يجوز أن يختص بشىء من طريق المسلمين، وإن حفرها لمصلحة الناس، فإن كان بإذن الإمام فهلك به إنسان لم يضمن؛ لأن ما فعله بإذن الإمام للمصلحة جائز فلا يتعلق به الضمان، وإن كان بغير إذنه ففيه وجهان، أحدهما: أنه لا يضمن؛ لأنه حفرها لمصلحة المسلمين من غير إذن، فصار كما حفرها بإذن الإمام. الثانى: أنه يضمن؛ لأن ما تعلق بمصلحة المسلمين يختص به الإمام، فمن افتات عليه كان متعديًا، فضمن من هلك به، وإن حفر بئرًا فى موات ليتملكها، أو لينتفع بها الناس لم يضمن من هلك بها؛ لأنه غير متعد فى حفرها، وإن كان فى داره بئر قد غطى رأسها أو كلب عقور فدخل رجل داره بغير إذنه فوقع فى البئر فمات أو عقره الكلب فمات لم يضمنه؛ لأنه ليس من جهته تفريط فى هلاكه، فإن دخلها بإذنه فوقع فى البئر ومات، أو عقره الكلب فمات، ففى ضمانه قولان كالقولين فيمن قدم طعامًا مسمومًا إلى رجل فأكله فمات[١].

مذهب الحنابلة:

جاء فى (المغنى): إن وضع إنسان حجرًا أو حديدة فى ملكه، أو حفر فيه بئرًا فدخل إنسان بغير إذنه فهلك به فلا ضمان على المالك؛ لأنه لم يتعد، وإنما الداخل هلك بعدوان نفسه، وإن وضع حجرًا فى ملكه ونصب أجنبى سكينًا أو حفر بئرًا بغير إذنه فعثر رجل بالحجر فوقع على السكين، أو فى البئر فالضمان على الحافر وناصب السكين لتعديهما، فلم يتعلق الضمان بواضع الحجر لانتفاء عدوانه، وإن حفر إنسان بئرًا ونصب آخر سكينًا فيها فوقع إنسان فى البئر على السكين فمات فقال أبو حامد: الضمان على الحافر؛ لأنه بمنزلة الدافع، وهذا قياس السائل ونص أحمد رحمه الله على أن الضمان عليهما، قال أبو بكر: لأنهما فى معنى الممسك، والقاتل الحافر كالممسك، وناصب السكين كالقاتل، فيخرج من هذا أنه يجب الضمان على جميع المتسببين. وإن حفر بئرًا فى ملك نفسه، أو ملك غيره بإذنه فلا ضمان عليه؛ لأنه غير متعد بحفرها، وإن حفرها فى أرض موات لم يضمن؛ لأنه غير متعد بحفرها، وكذلك إن وضع حجرًا أو نصب شركًا أو شبكة أو منجلاً ليصيد بها، وإن فعل شيئًا من ذلك فى طريق ضيق فعليه ضمان من هلك به؛ لأنه متعد، سواء أذن له الإمام فيه أم لم يأذن، فإنه ليس للإمام الإذن فيما يضر بالمسلمين، ولو فعل ذلك الإمام لضمن ما تلف به لتعديه، وإن كان الطريق واسعًا فحفر فى مكان منها ما يضر بالمسلمين فعليه الضمان كذلك، وإن حفر فى موضع لا ضرر فيه نظرنا، فإن حفرها لنفسه ضمن ما تلف بها، سواء حفرها بإذن الإمام أو بغير إذنه، وذلك أنه تلف بحفر حفرة فى حق مشترك بغير إذن أهله وبغير مصلحتهم فضمن، كما لو لم يأذن له الإمام، وإن حفر البئر لينتفع بها المسلمون مثل أن يحفره لينزل فيه ماء المطر من الطريق، أو ليشرب منه

---

(١) المهذب: ٢/١٩٣.

المارة ونحوها فلا ضمان عليه؛ لأنه محسن بفعله، غير متعد بحفره فأشبه باسط الحصير في المسجد، وذكر بعض أصحابنا أنه لا يضمن إذا كان بإذن الإمام، وإن كان بغير إذنه ففيه روايتان، إحداهما: لا يضمن، فإن أحمد قال: إذا أحدث بئرًا لماء المطر ففيه نفع للمسلمين أرجو أن لا يضمن، الثانية: يضمن، والصحيح الأول؛ لأن هذا مما تدعو الحاجة إليه ويشق استئذان الإمام فيه، وتعم البلوى، ففي وجوب استئذان الإمام فيه تفويت للمصلحة العامة، فوجب إسقاط استئذانه كما في سائر المصالح العامة من بسط حصير في مسجد، أو تعليق قنديل فيه، أو وضع سراج، ثم قال: ولو استأجر أجيرًا ليحفر له في ملكه بئرًا أو ليبني له فيها بناءً فتلف الأجير بذلك لم يضمنه المستأجر؛ لأن الأجير فعل فعلاً باختيار نفسه فأفضى إلى تلفه، فأشبه ما لو فعله تبرعًا من عند نفسه، إلاَّ أن يكون الأجير عبدًا استأجر، بغير إذن سيده، أو صبيًا بغير إذن وليه فيضمنه؛ لأنه متعد باستعماله، متسببٌ في إتلاف حق غيره[١].

مذهب الظاهرية:

جاء في (المحلى): من شق نهرًا فأغرق قومًا فإن كان فعل ذلك عامدًا ليغرقهم فعليه القود والديات من قتل جماعة، وإن كان شقه لمنفعة أو لغير منفعة وهو لا يدري أنه لا يصيب به أحدًا فما هلك به فهو قاتل خطأ، والديات على عاقلته، والكفارة عليه لكل نفس كفارة، ويضمن في كل ذلك ما أتلف من المال وهكذا؛ لقول فيمن ألقى نارًا أو هدم بناء، ولو ساق ماء فمر على حائط فهدم الماء الحائط فقتل فكما قلنا أيضًا سواء بسواء لا فرق؛ لأن كل من ذكرنا مباشر لإتلاف ما تلف، فإن مات أحد بذلك بعد موت الجاني، أو تلف به مال بعد موته فلا ضمان في ذلك؛ لأن الجناية حدثت بعده، ولا جناية على ميت، ولو أن إنسانًا رمى حجرًا أو سهمًا ثم مات إثر خروج السهم أو الحجر فأصاب الحجر أو السهم إنسانًا، عمده أو لم يعمده، فلا ضمان عليه، ولا على عاقلته[٢].

مذهب الزيدية:

جاء في (البحر الزخار): أنه لا ضمان على حافر في ملكه، ولو تردى من دخل بإذنه؛ إذ لا تغرير منه، فإن ستر رأسها واستدعى الغير فهلك بها فوجهان، قال الإمام يحيى: أصحهما لاضمان، كما لو قتل نفسه؛ إذ دخل باختياره، ومن حفر في ملك الغير متعديًا ثم أبرأه المالك مما وقع فيها بسبب الحفر فوجهان: لا يبرأ، إذ قبل وجوب الحق، وقيل: يبرأ، كما لو أذن له بالحفر؛ إذ بإبرائه صار كالإذن، وقال الإمام يحيى: ولا يُقبل قول المالك بعد الجناية أن الحفر بإذنه؛ إذ الظاهر الضمان، ومن حفر في طريق ضيق ولو بإذن الإمام ضمن ما وقع فيها، لا لو حفر في الواسع بإذن الإمام؛ أو فعل ذلك ثم أجاز له الإمام، إذ لا تعدى حينئذ وكذا لو فعل لينتفع المسلمون، وكذا لو عمر مسجدًا في موضع البئر فسقط على الغَيـر؛ إذ هو محسن؛ وما على المحسنين من سبيل، فإن فعل لنفع نفسه لا بإذن

---

(١) المغني: ٩/٥٦٤ - ٥٧٠.

(٢) المحلى: ١١/١٩.

الإمام أو إجازته ضمن؛ إذ ليس له أن ينفرد بما يستحقه جماعة المسلمين، قال الإمام يحيى: ومن عثر بحجر وضع تعديًا فوقع في بئر، كذلك ضمن واضع الحجر؛ إذ هو كالدافع وفيه نظر، إذ يلزم مثله في السكين في أسفل بئر التعدى سكينًا فمات بها الواقع والضمان عليه، إذا مات بالسكين فهو كالمباشر[١].

مذهب الإمامية:

جاء في (شرائع الإسلام): أنه لو وضع حجرًا في ملكه، أو مكان مباح لم يضمن دية العاثر، ولو كان في ملك غيره، أو في طريق مسلوك ضمن في ماله، وكذا لو نصب سكينًا فمات العاثر بها، وكذا لو حفر بئرًا أو ألقى حجرًا، ولو حفر في ملك غيره فرضى المالك سقط الضمان عن الحافر، ولو حفر في الطريق المسلوك لمصلحة المسلمين فقيل: لا يضمن؛ لأن المبرر لذلك قائم وهو حسن، ولو حفر في ملك نفسه بئرًا وسترها، ودعا غيره فالأقرب الضمان؛ لأن المباشرة لا يسقط أثرها مع الضرر، ولو اجتمع سببان ضمن من سبقت الجناية بسببه، كما لو ألقى حجرًا في غير ملكه، وحفر الآخر بئرًا، فلو سقط العاثر بالحجر في البئر فالضمان على الواضع، هذا مع تساويهما في العدوان، ولو كان أحدهما عاديًا كان الضمان عليه، وكذا لو نصب سكينًا في بئر محفورة في غير ملكه فتردى إنسان على تلك السكين، فالضمان على الحافر؛ ترجيحًا للأول، وربما خطر التساوى في الضمان؛ لأن التلف لم يتمحض من أحدهما، لكن الأول أشبه[٢].

مذهب الإباضية:

جاء في (شرح النيل): ويلزم الإنسان ما أتلف ولو طفلاً أو مجنونًا أو عبدًا في مال أو نفس، وجناية الطفل في المال على أبيه، ويأخذ من ماله إذا كان، وقيل: لا شيء على الأب فيما أفسد طفله كما في الأصول إن لم يكن للطفل مال، وجناية العبد على سيده إن كانت مثل رقبته أو أقل، إلا ما جعله فيه فأفسد فعليه كله، وما دون ثلث الدية في النفس على الطفل والمجنون من طفولته، وإن كان لهما مال فمن مالهما الثلث فصاعدًا على العاقلة، وإن أمرهما أبوهما بالجناية في مال أو نفس لزمتهما كلها، وإن جعلهما في شيء فأفسدا بلا أمر منه، أو ضيعا فمن مالهما، وإن لم يكن فمن ماله، وقيل: ما كان في يد الطفل أو العبد بإذن الأب أو السيد، فعلى الأب، ولو كان للطفل مال، ومن مال السيد ولو كان أكثر من رقبته، وإن حفر طفله أو عبده، أو مجنونه في الطريق حفرة ففسد بها نفس أو مال فالحكم ما مَرَّ من التفصيل[٣].

(١) البحر الزخار: ٥/٢٤٣، ٢٤٤، بتصرف.

(٢) شرائع الإسلام: ٢/٢٩٤، ٢٩٦.

(٣) شرح النيل: ٧/٧٧، ٧٨.

بحث مصطلح إهلال

تعريف الإهلال فى اللغة:

إهلال مصدر (أهلَّ) المزيد بالهمزة، وأصل مادته (هلّ)، والإهلال بالحج رفع الصوت بالتلبية، وكل متكلم رفع صوته أو خفضه فقد أهلّ واستهلّ، والمُهَلّ (بضم الميم وفتح الهاء) موضع الإهلال، وهو الميقات الذى يحرمون منه، ويقع على الزمان والمصدر، قال الليث: المحرم يهل بالإحرام إذا أوجب الحُرْم على نفسه، تقول: أهلَّ بحجة أو بعمرة فى معنى أحرم بها، وإنما قيل للإحرام : إهلال لرفع المحرم صوته بالتلبية والإهلال، وكل رافع صوته فهو مهل، وكذلك قول الله - عز وجل - ﴿وما أهل لغير الله به﴾[١]، هو ما ذبح للآلهة؛ وذلك لأن الذابح كان يسميها عند الذبح، فذلك هو الإهلال، وأهلّ الرجلُ: نظر إلى الهلال، وأهللنا الشهرَ واستهللناه: رأينا هلاله، وأهلّ الشهر، واستهل: ظهر هلاله[٢].

تعريف «الإهلال» فى اصطلاح الفقهاء:

لم يخرج استعمال الفقهاء للفظ إهلال عن المعنى الذى أورده اللغويون له، فاستعملوه فى باب (الحج) على معنى الإحرام بالحج، أو الإحرام بالعمرة أو بهما معًا، وعلى معنى التلبية كذلك، روى عبدالله بن عمر - رضى الله عنهما - أن رسول الله ﷺ قال: «يهل أهل اليمن من يلملم، وأهل الشام من الجحفة، وأهل نجد من قرن»[٣].

ورد أن الحاج إذا وقف بعرفة أهلَّ وهو واقف بحجة أخرى فإنه يرفضها، وعليه دم لرفضها، وحجة وعمرة مكانها، ويمضى فى التى هو فيها[٤].

والإهلال بمعنى الإحرام يشمل أمورًا كثيرة قد تناولناها فيما سبق، وسنعرض لما يتمه، وهو: إبهام الإحرام، فوات الحج لمن أحرم به، إحرام المرأة والعبد والصبى، وبيانها هو:

إبهام الإحرام:

مذهب الحنفية:

إذا أهلَّ رجل بشىءٍ واحدٍ لا ينوى حجةً ولا عمرة ينعقد إحرامه مع الإبهام؛ لما رُوى أن عليًا وأبا موسى - رضى الله تعالى عنهما - لما قدما من اليمن قال لهما رسول الله ﷺ: «بم أهللتما؟ قالا: أهللنا بإهلال كإهلال رسول الله ﷺ»[٥]، فقد صحّح رسول الله ﷺ إحرامهما مع الإبهام؛ لأن الإحرام بمنزلة الشرط للنسك ابتداء، والإبهام فيه لا يمنع صحته كالطهارة للصلاة.

وبعدما انعقد الإحرام مبهمًا فللخروج منه طريقان شرعاً: إما الحج أو أعمال العمرة، فيتخير بينهما، إن شاء عَنَّه بأعمال العمرة، وإن شاء بأعمال الحج، وكان تعيينه فى الانتهاء بمنزلة التعيين فى الابتداء.[٦].

(١) سورة المائدة: الآية: ٣
(٢) لسان العرب، مادة (هلل).
(٣) صحيح البخارى، كتاب: الحج، باب / ميقات أهل المدينة.
(٤) المبسوط: ٤/٦٠
(٥) صحيح البخارى، كتاب المغازى، باب حجة الوداع.
(٦) المبسوط : ٤/١١٦، وما بعدها.

مذهب المالكية:

ينعقد الإحرام سواء بيَّن النسك الذى يحرم به من حجّ أو عمرة أو قران أو أبهمه بأن نوى الإحرام فقط ولم يُعيِّن نُسكًا ما، هذا بالنسبة إلى الانعقاد، وأما بالنسبة إلى الفضيلة فقد قال سند: والأفضل فى الإحرام أن يعين نسكه من حج أو عمرة(١).

قال الحطاب: إذا أحرم المحرم وأبهم ولم يعين النسك الذى يحرم به فإن الإحرام ينعقد مطلقًا، ويُخير فى صرفه إلى أحد الأوجه الثلاثة، والأوْلى أن يصرفه إلى الحجّ، ورأى ابن الحاجب أن يُخيّر، ورأى مالك: أحبّ إلىّ أن يفرد، والقياس أن يقرن، وقاله أشهب، وقيل: القياس أن يصرفه إلى العمرة، وقال ابن عرفة: ومن نوى مطلق الإحرام فلابد من محرز، عن أشهب خُيّر فى الحجّ والعُمرة، وللصقلىّ واللخمىّ عنه الاستحسان إفراده، والقياس قرانه(٢).

مذهب الشافعية:

المحرم له أن يعين ما يحرم به من الحج أو العمرة؛ لأن النبى ﷺ أهلّ بالحج، فإن لبى بنسك ونوى غيره انعقد ما نواه؛ لأن النية فى القلب، وله أن يحرم إحرامًا مبهمًا؛ لما روى أبو موسى قال: قدمت على رسول الله ﷺ فقال: «كيف أهللت؟ قلت: لبيك بإهلال كإهلال النبى ﷺ فقال: أحسنت».

وفى الأفضل قولان، قال فى (الأم): التعيين أفضل؛ لأنه إذا عيَّن عرف ما دخل فيه، والثانى أن الإبهام أفضل؛ لأنه أحوط، فإنه ربما عرض مرض أو إحصار فيصرفه إلى ما هو أسهل عليه، فإن عين انعقد بما عينه، والأفضل أن لا يذكر ما أحرم به فى تلبيته على المنصوص؛ لما روى نافع قال: سُئل ابن عمر: أيسمى أحدنا حجًا أو عمرة؟ فقال: أتنبئون الله بما فى قلوبكم، إنما هى نية أحدكم، ومن أصحابنا من قال: الأفضل أن ينطق به؛ لما روى أنس - رضى الله تعالى عنه - قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «لبيك بحجة وعمرة»(٣)، ولأنه إذا نطق به كان أبعد من السهو، فإن أبهم الإحرام جاز أن يصرفه إلى ما شاء من حج أو عمرة؛ لأنه يصلح لهما(٤).

مذهب الحنابلة:

من أحرم مطلقًا بأن نوى نفس الإحرام، أى الدخول فى نسك، ولم يعين نسكًا محددًا صحّ إحرامه كما صحَّ إحرامه بمثل ما أحرم فلان، وحيث صحَّ مع الإبهام صحَّ مع الإطلاق.

ولا يجزئه العمل من طواف وغيره قبل النية لحديث: «وإنما لكل امرىء ما نوى»(٥). وإن أحرم بمثل ما أحرم به فلان، وعلم ما أحرم به فلان انعقد إحرامه؛ لحديث جابر أن عليًا قدم من اليمن فقال له النبى ﷺ: «بم أهللت، فقال بما أهل به النبى ﷺ قال: فاهد وامكث حرامًا»(٦)(٧).

---

(١) مواهب الجليل: ٢/ ٤٤، ٤٥.
(٢) المرجع السابق: ٢/ ٤٨.

(٣) أخرجه مالك فى الموطأ - كتاب الحج - باب - القران فى الحج، والحاكم فى المستدرك أول كتاب المناسك.
(٤) المهذب: ١/ ٢٠٦ وما بعدها.
(٥) سبق تخريجه.
(٦) صحيح البخارى، كتاب: المغازى، باب/ بعث على بن أبى طالب.
(٧) كشاف القناع: ١/ ٥٧٠، ٥٧١ وما بعدهما.

مذهب الظاهرية:

جاء فى (المحلى)، قال الله تعالى: ﴿وما أمروا إلاّ ليعبدوا الله مخلصين له الدين حنفا﴾[١] وقال رسول الله ﷺ: «إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرىء ما نوى»[٢].

فصح أنه لا يجزىء عمل مأمور به إلا بنية القصد إليه مؤدى بإخلاص لله تعالى فيه كما أمر عز وجل، وكل ما ذكرنا فلم يعبد الله فى الأعمال المذكورة مخلصًا له الدين بها فلم يأت بها، ولا حج لمن لم يأت بها، ولا يجزىء أن يقف به غيره هنالك؛ لقول الله تعالى: ﴿كل نفس بما كسبت رهينة﴾[٣]، وقال تعالى: ﴿ولا تكسب كل نفس إلا عليها ولا تزر وازرة وزر أخرى﴾[٤].

وكذلك لو أن امرأ مرَّ بعرفة مجتازًا ليلة النحر - نزل بها أو لم ينزل - وهو لا يدرى أنها عرفة - فلا يجزئه ذلك، ولا حج له حتى يقف بها قاصدًا إلى الوقوف بها كما أمره الله تعالى.

واختلف الناس فى هذا، فقال مالك: لا يجزىء أن يحرم أحد عن غيره فإذا أحرم بنية الحج أجزأ كل عمل فى الحج بلا نية.

وقال أبوحنيفة والشافعى: أعمال الحج كلها تجزىء بلا نية، ولو أن من لم يحج قط حج ولا ينوى إلا التطوع أجزأه عن حجة الفريضة.

(١) سورة البينة، الآية: ٥

(٢) سبق تخريجه.

(٣) سور: المدثر، الآية: ٣٨

(٤) سورة الأنعام، الآية: ١٦٤

قال أبو محمد: وهذه أقوال فى غاية الفساد والتناقض، وقد أجمعوا لو أن امرًا عليه صلاة الصبح فصلى ركعتين تطوعًا، أو عليه الظهر فصلى أربعًا تطوعًا أن ذلك لا يجزئه من الفرض، وأنَّ مَنْ عليه زكاة خمسة دراهم فتصدق بخمسة دراهم تطوعًا أنها لا تجزئه من الفرض.

وأجمعوا إلا زفر: أن من صام يومًا من رمضان ينوى به التطوع فقط أو لا ينوى به شيئًا فإنه لا يجزئه من صوم الفرض - فليت شعرى أى فرق بين الصوم، والصلاة، والزكاة، والحج لو نصحوا أنفسهم؟!!

فإن قالوا: قد روى أن رسول الله ﷺ أخبر أن للصبى حجًا، وسمع إنسانًا لم يكن حَجَّ يلبى عن شبرمه فقال له: «اجعل حجك هذا عن نفسك، ثم حج عن شبرمة»[٥].

قلنا: أما إخباره عليه السلام أن للصبى حجًا فخبر صحيح ثابت، ولا متعلق لكم به؛ لأنه لم يجعل عليه السلام ذلك الحج جازيًا من حج الفريضة، فهو حجة لنا عليكم، ونحن نقول: إن للصبى حجًا كما قال عليه السلام، وهو تطوع لا يجزىء عن الفرض، ونحن نقول: إن للصبى صلاة وصومًا، وكل ذلك تطوع منه وله، وقد كان الصبيان يشهدون الصلوات مع رسول الله ﷺ كما حج بهم معه ولا فرق.

(٥) أخرجه أبو داود فى كتاب: المناسك، باب / الرجل يحج عن غيره، وابن ماجه فى كتاب: المناسك، باب/ الحج عن الميت.

وأما خبر شبرمة فلا يصح، ولو صح لما كان لهم فيه حجة؛ لأنه ليس فيه أن حجه عن شبرمة يجزىء عن الذى حج عنه، بل هو حجة عليهم؛ لأن فيه أن يجعل الحجة على نفسه، وفى هذا إيجاب للنية بها عن نفسه، فهو حجةٌ، عليهم، وبالله تعالى التوفيق.

وروينا عن الحسن فيمن عليه شهران متتابعان من كفارة ظهار، أو نذر، وعليه حج نذره ولم يكن حج حجة الفريضة فصام شعبان ورمضان وحج فإن ذلك يجزئه عما كان عليه، وعن فرض رمضان، وتلك الحجة تجزئه عن نذره وفرض الإسلام، وهذا خطأ كما ذكرنا قبل - وهو قول أصحابنا - وبالله تعالى التوفيق.

فإن قال مالكى: الحج كصوم اليوم إذا دخل فيه بنية، ثم عزبت نيته أجزأه؟ قلنا: ليس كذلك؛ لأن الحج أعمال كثيرة متغايرة، يحول بينها ما ليسى منها كالتلبية، والوقوف بعرفة، ومزدلفة، ورمى الجمار، وطواف الإفاضة، والسعى بين الصفا والمروة، فلا بد لكل عمل من نية له،وأما الإحرام فهو عمل متصل لا ينفصل فيجزئه نية الدخول فيه ما لم يتعمد إحالة نيته أو إبطال إحرامه - وبالله تعالى نتأيد(١).

مذهب الزيدية:

يرون أنه لو نوى شخص الإحرام وأطلق ولم يذكر ما أحرم له فإنه يضعه على ما شاء من حجّ أو عمرة، إلا لفرض فيعينه بالنية ابتداءً، أى عند ابتداء الإحرام، فلو لم يعينه عند الابتداء لم يصح تعينه بعد ذلك، بل يضعه على ما شاء ثم يستأنف حجة الإسلام.

ولابد فى الفرض من نية الفرضية، فلو نوى الإحرام للحج ولم يعينه عن فريضة الإسلام لم يقع عنها عندنا. وقال المنصور بالله: يجزيه.

وإذا نوى الحج وعين ما نواه، ثم التبس عليه ما قد كان عيّن أو نوى أنه محرم بما أحرم به فلان من حجّ أو عمرة أو تمتع أو قران - صحّت تلك النية، ولم يفسد بعروض اللبس، لكن إذا اتفق له ذلك طاف وسعى وجوبًا مثنيًا ندبًا، وإنما يندب له تثنية الطواف والسعى لجواز كونه قارنًا فى الصورتين، ويكون فى طوافه الأول وسعيه ناويًا ما أحرم له على سبيل الجملة(٢).

مذهب الإمامية:

جاء فى (العروة الوثقى): أنه لو أحرم من غير قصدٍ أصلا بطل، سواء كان عن عمدٍ أو سهوٍ أو جهل، ويبطل نسكه أيضًا إذا كان الترك عمدًا، وأما مع السهو والجهل فلا يبطل،ويجب عليه تجديده من الميقات إذا أمكن، وإلا فمن حيث أمكن، ويعتبر القربة والخلوص كما فى سائر العبادات، فمع فقدهما أو أحدهما يبطل إحرامه(٣)، ويجب أن تكون مقارنة للشروع فيه،

---

(١) المحلى ٥/٢٠٦، ٢٠٧.

(٢) شرح الأزهار: ٢/٧٩، ٨٠ وما بعدهما.

(٣) العروة الوثقى: ١/٥٢٠، ٥٢١.

فلو تركها وجب تجديده، ولا وجه لما قيل من أن الإحرام تروك، وهى لا تفتقر إلى نية، والقدر المسلم من الإجماع على اعتبارها إنما هو فى الجملة ولو قبل التملك؛ إذ تمنع أولاً كونه تروكًا، فإن التلبية ولبس الثوبين من الأفعال، وثانيًا اعتبارها فيه على حد اعتبارها فى سائر العبادات.

ويعتبر فى النية تعيين كون الإحرام لحج أو عمرة، وأن الحج تمتع أو قران أو إفراد، وأنه لنفسه أو نيابة عن غيره، وأنه لحجة الإسلام أو الحج النذرى أو الندبى. ولو لم يعين وأوكله إلى ما بعد ذلك بطل، ويكفيه التعيين الإجمالى كأن ينوى الإحرام لما سيعينه من حج أو عمرة، ولا يُعتبر فيه نية الوجه من وجوب أو ندب إلا إذا توقف التعيين عليها، وكذا لا يُعتبر فيها التلفظ، بل ولا الإخطار بالبال، فيكفى الداعى، ولو نسى ما عينه من حج أو عمرة وجب عليه التجديد، سواء تعين عليه أحدهما أو لا، وقيل: إنه للمتعين منهما، ومع عدم التعيين يكون لما يصح منهما[1].

مذهب الإباضية:

جاء فى (شرح النيل): وإذا شك الإنسان فى الإحرام بعدما لبّى فليجدد التلبية ويمضى، ويجوز الإحرام بالتفويض، مثل أن تقول: أحرمت على ما أحرم عليه صاحبى ولم تعلم بما أحرم، كما روى أن عليًا لما قدم من اليمن أحرم على ما أحرم عليه النبى ﷺ فأجاز ذلك وأشركه فى هديه.

وهى - أى التلبية مع النية؛ نية الإحرام بحج أو عمرة أو بهما قيل: كافيتان عن ذكر حج أو عمرة أو ذكرهما فى التلبية، والأول الذى هو ذكر أحدهما أو ذكرهما فى التلبية أصح. وإن نوى وتلفظ بغير ما نوى غلط، فمن لم يشترط اللفظ قال: تجزيه نيته، ومن قال بشرطه لم يجز عنده نيته ولا لفظه؛ لأنه غلط، قال: ومن بلغ الميقات ولبس ثوبى الإحرام وركع ولبى ولم تكن له نية حج ولا عمرة ولم يسم شيئًا جاهلاً لذلك، ونوى أن إحرامه كإحرام المسلمين فهو محرم بعمرة، وإن لم ينو ذلك وهو فى أشهر الحج فهو محرم بالحج، أو فى غيرها فبالعمرة[2].

(١) العروة الوثقى: ١/٥٢٠.

(٢) شرح النيل: ٢/٣٠٠، ٣١.

أهل البغى

- تعريف الأهل لغة:

الأهل لغة - كما جاء فى المصباح المنير - مَنْ أهلَ المكان أهولاً : عَمَّرَ بأهله فهو آهل. وقرية آهلة : عامرة، وأهلت بالشىء: أنست به، وأهل الرجل يأهل أهولاً: إذا تزوج، والأهل : أهل البيت، والأصل فيه القرابة، وقد أطلق على الأتباع. وأهل البلد: مَنْ استوطنه، وأهل العلم: مَنْ اتصف به[1].

تعريف البغى لغة:

جاء فى (ترتيب القاموس المحيط) فى مادة بغى: بغيته بُغاءً وبُغى وبُغْية ثم قال : الباغى الطالب والجمع بغاة وبغيان، وبغى عليه يبغى بغيًا: علا وظلم وعدل عن الحق واستطال، وفئة باغية: خارجة عن طاعة الإمام العادل[2].

التعريف عند الفقهاء: يعتبر الفقهاء أن أهل البغى هم الخوارج، جاء فى (بدائع الصنائع): البغاة هم الخوارج، وهم قوم من رأيهم أن كل ذنب كُفْرٌ، كبيرة كانت أو صغيرة، يخرجون على إمام أهل العدل، ويستحلون القتال والدماء والأموال بهذا التأويل، ولهم منعة وقوة[3].

وفى (الشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه) قال ابن عرفة : البغى : هو الامتناع من طاعة من ثبتت إمامته فى غير معصية بمغالبة، ولو تأويلاً، والباغية فرقة من المسلمين خالفت الإمام الذى ثبتت إمامته باتفاق الناس عليه[4].

ولم تخرج بقية المذاهب عن هذا المعنى.

مذهب الحنفية :

أولاً : حكم قتالهم وضوابطه :

جاء فى (بدائع الصنائع): أن الإمام إن علم أن الخوارج يشهرون السلاح ويتأهبون للقتال فينبغى له أن يأخذهم ويحبسهم حتى يقلعوا عن ذلك ويحدثوا توبة؛ لأنه لو تركهم لسعوا فى الأرض بالفساد فيأخذ على أيديهم، ولايبدأهم الإمام بالقتال حتى يبدؤوه؛ لأن قتالهم لدفع شرهم لالشر شركهم؛ لأنهم مسلمون، فمالم يتوجه الشر منهم لايقاتلهم، وإن لم يعلم الإمام بذلك حتى تعسكروا وتأهبوا للقتال فينبغى أن يدعوهم إلى العدل والرجوع إلى رأى الجماعة أولاً؛ لرجاء الإجابة، وقبول الدعوة؛ كما فى حق أهل الحرب، وكذا روُى أن سيدنا علياً ﵁ لما خرج عليه أهل حروراء ندب إليهم عبد الله بن عباس رضى الله عنهما؛ ليدعوهم إلى العدل فدعاهم وناظرهم، فإن أجابوا كَفَّ عنهم، وإن أبوا قاتلهم؛ لقول الله تعالى: ﴿فإن بغت إحداهما على الأخرى فقاتلوا التى تبغى حتى تفىء إلى أمر الله﴾[5] وكذا قاتل سيدنا على ﵁ أهل حروراء بالنهروان بحضره الصحابة رضى الله عنهم تصديقاً لقوله عليه الصلاة والسلام لسيدنا على: **«إنك تقاتل على التأويل كما تقاتل على التنزيل»**[6].

---

(١) المصباح المنير مادة (أهل).

(٢) ترتيب القاموس المحيط : ١/٢٤٣، ٢٤٤.

(٣) بدائع الصنائع : ٧/١٤٠.

(٤) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير : ٤/٢٩٨.

(٥) سورة الحجرات الآية : ٩.

(٦) ورد فى مجمع الزوائد بلفظ: فيكم مَنْ يقاتل على تأويل القرآن، كم قاتلت على تنزيله انظر: مجمع الزوائد، الجزء السادس.

والقتال على التأويل هو القتال مع الخوارج، وَدَلَّ الحديث على إمامة سيدنا على رضي الله عنه؛ لأن النبى ﷺ شَبَّه قتال سيدنا على رضي الله عنه على التأويل بقتاله على التنزيل وكان رسول الله ﷺ فى قتاله بالتنزيل(١).

ومن لايجوز قتله من أهل الحرب من الصبيان والنسوان والأشياخ والعميان لايجوز قتله من أهل البغى؛ لأن قتلهم لدفع شر قتالهم، فيختص بأهل القتال، وهؤلاء ليسوا من أهل القتال، فلا يُقتلون إلاّ إذا قاتلوا، فيباح قتلهم فى حال القتال، وبعد الفراغ من القتال إلاّ الصبيان والمجانين، وأما العبد المأسور من أهل البغى فإن قاتل مع مولاه يجوز قتله، وإن كان يخدم مولاه لايجوز قتله، ولكن يُحبس حتى يزول بغيهم فيرد عليهم، وأما الكراع فلا يمسك ولكنه يباع ويحبس ثمنه لمالكه؛ لأن ذلك أنفع له، ولايجوز للعادل أن يبتدىء بقتل ذى رحم مَحْرم منه من أهل البغى مباشرة، وإذا أراد هو قتله فله أن يدفعه، وإن كان لايندفع إلا بالقتل فيجوز له أن يتسبب ليقتله غيره، بأن يعقر دابته ليترجل فيقتله غيره، بخلاف أهل الحرب فإنه يجوز قتل سائر ذوى الرحم المحرم منه مباشرة، وتسبب ابتداءً إلاّ الوالدين، ووجه الفرق أن الشرك فى الأصل مبيح للقتل؛ لعموم قوله تبارك وتعالى ﴿فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم﴾(٢)، إلاّ أنه خُصّ منه الأبوان بنص خاص حيث قال الله تبارك وتعالى: ﴿وصاحبهما فى الدنيا معروفاً﴾(٣)، فبقى غيرهما على عموم النص بخلاف أهل البغى؛ لأن الإسلام فى الأصل عاصم؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «فإذا قالوها عصموا منى دماءهم وأموالهم»(٤) والباغى مسلم إلا أنه أبيح قتل غير ذى الرحم المحرم من أهل البغى دفعاً لشرهم لالشوكتهم، ودفع الشر يحصل بالدفع والتسبب ليقتله غيره، فبقيت العصمة عما وراء ذلك بالدليل العاصم(٥).

وجاء فى (المبسوط) : أنه إذا حمل العادل على الباغى فى المحاربة فقال : قد تبت وألقى السلاح كُفّ عنه؛ لأنه إنما يقاتله ليتوب، وقد حصل المقصود، فهو كالحربى إذا أسلم؛ ولأنه يقاتله دفعًا لبغيه، وقد اندفع ذلك حين ألقى السلاح، وكذلك لو قال: كف عنى حتى أنظر فى أمرى وألقى السلاح، ولأنه استأمن لينظر فى أمره فعليه أن يجيبه إلى ذلك رجاء أن يحصل المقصود بدون القتال ... وإذا غلب قوم من أهل البغى على مدينة فقاتلهم قوم آخرون من أهل البغى فهزموهم فأرادوا أن يسبوا ذرارى أهل المدينة لم يسع أهل المدينة إلا أن يقاتلوا دون الذرارى؛ لأن ذرارى المسلمين لايسبون، فإن البغاء ظالمون فى سبيهم، وعلى كل من يقوى على دفع الظلم عن المظلوم أن يقوم به كما قال ﷺ: «لا ، حتى تأخذوا على يدى الظالم فتأطروه على الحق أطراً»(٦).

وإذا لم يكن لأهل البغى منعة، وإنما خرج رجل

(١) بدائع الصنائع : ٧ / ١٤٠.
(٢) سورة التوبة الآية: ٥.
(٣) سورة لقمان الآية: ١٥.

(٤) صحيح البخارى، كتاب: الاعتصام بالكتاب والسنة، باب/ قول الله تعالى: وأمرهم شورى بينهم .
(٥) بدائع الصنائع: ٧ / ١٤١.
(٦) سنن ابن ماجه، كتاب: الفتن، باب/ الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر.

أو رجلان من أهل مصر على تأويل، يقاتلان ثم يستأمنان أخذا بجميع الأحكام، لأنهما بمنزلة اللصوص، وقد بينا أن التأويل إذا تجرد عن المنعة لايكون معتبراً لبقاء ولاية الإلزام بالمحافة، والدليل أنهما معتقدان الإسلام فيكونان كاللصين فى جميع ما أصابا[١].

ثانياً: حكم أموالهم :

جاء فى (المبسوط): ما أصاب أهل العدل من كراع أهل البغى وسلاحهم فلا بأس باستعمال ذلك عليهم عند الحاجة؛ لأنهم لو احتاجوا إلى سلاح أهل العدل كان لهم أن يأخذوه للحاجة والضرورة، وقد أخذ رسول الله ﷺ من صفوان دروعًا فى حرب هوازن، وكان ذلك بغير رضاه، حيث قال: أغصبًا يامحمد[٢]؟! فإذا كان يجوز ذلك فى سلاح من لايقاتل ففى سلاح من يقاتل من أهل البغى أولى، فإذا وضعت الحرب أوزارها رد جميع ذلك عليهم لزوال الحاجة، وكذلك ما أصيب من أموالهم يرد إليهم؛ لأنه لم يتملك ذلك المال عليهم؛ لبقاء العصمة والإحراز فيه، ولأن الملك بطريق القهر لايثبت ما لم يتم، وتمامه بالإحراز بدار تخالف دار المستولى عليه، وذلك لايوجد بين أهل البغى وأهل العدل؛ لأن دار الفئتين واحدة[٣].

ثالثاً : أسراهم :

وإذا أخذت المرأة من أهل البغى، فإن كانت تقاتل حبست حتى لايبقى منهم أحد، ولاتُقتل؛ لأن المرأة لاتقتل على ردتها فكيف تقتل إذا كانت باغية، وفى حال اشتغالها بالقتال؛ وإنما جاز قتلها دفعًا وقد اندفع ذلك حين أسرت كالولد بقتل والده دفعًا إذا قصده، وليس له ذلك بعد ما اندفع قصده، ولكنها تحبس لارتكابها المعصية، ويمنعها من الشر والفتنة، وإذا أخذ رجل حر، أو عبد كان يقاتل، وكان عسكر أهل البغى أعلى حاله قتل؛ لأنه ممن يقاتل سواء كان عبدًا أو حراً، وقد بينا جواز قتل الأسير إذا بقيت له فئة، وإن كان عبدًا يخدم مولاه ولم يقاتل حُبِس.

رابعاً : حكم الضمان فيما يقع من الباغى، وما يقع عليه :

جاء فى (المبسوط): أنه إذا تاب أهل البغى ودخلوا إلى أهل العدل لم يؤخذوا بشىء مما أصابوا، يعنى بضمان ما أتلفوا من النفوس والأموال، ومراده إذا أصابوا ذلك بعدما تجمعوا وصاروا أهل منعة، فأما ماأصابوا قبل ذلك فهم ضامنون لذلك؛ لأنا أمرنا فى حقهم بالمحاجة والإلزام بالدليل، فلا يعتبر تأويلهم الباطل فى إسقاط الضمان قبل أن يصيروا أهل منعة، فأما بعدما صارت لهم منفعة فقد انقطعت ولاية الإلزام بالدليل حسًا، فيعتبر تأويلهم - وإن كان باطلاً - فى إسقاط الضمان عنهم كتأويل أهل الحرب بعد ما أسلموا، والأصل فيه حديث الزهرى قال: وقعت الفتنة وأصحاب رسول الله ﷺ كانوا متوافرين فاتفقوا على أن كل دم أريق بتأويل القرآن فهو مردود على صاحبه؛ لأنهم لم يملكوا ذلك بالأخذ، كما أنا لانملك عليهم مالهم، والتسوية بين الفئتين المتقاتلتين بتأويل الدين فى الأحكام أصل.

(١) المبسوط : ١٠ / ١٣٣.
(٢) السابق : ١٠ / ٣٦.
(٣) سنن البيهقى الكبرى : ٦/٨٨ .

وإن كان أهل البغى قد استعانوا بقوم من أهل الذمة على حربهم فقاتلوا معهم لم يكن ذلك منهم نقضًا للعهد، الا ترى أن هذا الفعل من أهل البغى ليس بنقض للإيمان، فكذلك لايكون من أهل الذمة نقضًا للعهد، وهذا لأن أهل البغى مسلمون، فإن الله تعالى سَمَّى الطائفتين باسم الإيمان بقوله تعالى : ﴿ وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا ﴾[1] وقال على رضي الله عنه: إخواننا بغوا علينا، فالذين انضموا إليهم من أهل الذمة لم يخرجوا من أن يكونوا ملزمين حكم الإسلام فى المعاملات، وأن يكونوا من أهل دار الإسلام، فلهذا لاينتقض عهدهم بذلك، ولكنهم بمنزلة أهل البغى فيما أصابوا فى الحرب؛ لأنهم قاتلوا تحت راية البغاة، فحكمهم فيما فعلوا كحكم البغاة.

ثم قال فى (المبسوط): وما أصاب أهل البغى من القتل والأموال قبل أن يخرجوا ويحاربوا ثم صالحوا بعد الخروج على إبطال ذلك لم يجز، وأخذوا بجميع ذلك من القصاص والأموال؛ لأن ذلك حق لزمهم للعباد، وليس للإمام ولاية إسقاط حقوق العباد فكان شرطهم إسقاط ذلك عنهم شرطاً باطلاً فلا يوفى به[2].

خامساً : حكم قضاء أهل البغى :

جاء فى (المبسوط): وإن ظهر أهل البغى على مصر فاستعملوا عليه قاضياً من أهله، وليس من أهل البغى فإنه يقيم الحدود والقصاص والأحكام بين الناس بالحق لايسعه إلاّ ذلك؛ لأن شريحاً - رحمه الله تعالى - تقلد القضاء من جهة بعض بنى أمية، والحسن - رحمه الله تعالى - كذلك، وعمر ابن عبد العزيز رضي الله عنه بعد ما استخلف لم يتعرض لقضاء القضاة الذين تقلدوا من جهة بنى أمية، والمعنى فيه أن الحاكم بالعدل ودفع الظلم عن المظلوم من باب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر، وذلك فرض على كل مسلم إلا أن كل من كان من الرعية فهو غير متمكن من إلزام ذلك، فإذا تمكن من ذلك بقوة من قلَّده كان عليه أن يحكم بما هو فرض عليه، سواء كان قلَّده من باغيًا أوعادلاً، فإن شرط التقليد التمكن وقد حصل، فإن كتب هذا القاضى كتابًا إلى قاضى أهل العدل بحق لرجل من أهل المصر بشهادة من شهد عنده بذلك أجازه إذا كان هذا القاضى الذى أتاه الكتاب يعرف الشهود الذين شهدوا عند ذلك القاضى، وليسوا من أهل البغى؛ لأنهم لو شهدوا عنده بذلك كان عليه أن يقضى بشهادتهم، فكذلك إذا نقل القاضى بكتابة شهادتهم إلى محله، وإن كانوا من أهل البغى لايجيز كتابه، كما لو شهد عنده بذلك لم يقض بشهادتهم، وكذلك إن كان لايعرفهم؛ لأن الظاهر فى منعة أهل البغى أن مَنْ يسكن فيهم فهو منهم، فما لم يعلم خلافه وجب عليه الأخذ بالظاهر[3].

ثم قال فى (المبسوط): وإذا غلب أهل البغى على مدينة فاستعملوا عليهما قاضيًا فقضى بأشياء، ثم ظهر أهل العدل على تلك المدينة فرفعت قضاياه إلى قاضى أهل العدل فإنه ينفذ منها ما كان عدلاً؛ لأنه لو نقضها احتاج إلى إعادة مثلها، والقاضى لايشتغل بما لايفيد، ولاينقض

---

(١) سورة الحجرات ، الآية : ٩ .
(٢) المبسوط : ١٠ / ١٣١ .
(٣) السابق : ١٠ / ١٣٠ .

شيئاً ليعيد، وكذلك إن قضى بما رآه بعض الفقهاء؛ لأن قضاء القاضى فى المجتهدات نافذ فلا ينقض ذلك قاضى أهل العدل من قضايا من تقلد من أهل البغى، وإن كان مخالفاً لرأيه.

سادساً : حكم الأمان لأهل البغى:

جاء فى (المبسوط): إذا أمّن الرجل من أهل العدل رجلاً من أهل البغى جاز أمانه؛ لأن جوب قتل الباغى لايكون أقوى من وجوب قتل المشرك، ثم هناك يصح أمان واحد من المسلمين؛ لقول النبى ﷺ : «يسعى بذمتهم أدناهم»[1]. فكذلك ههنا، ولأنه ربما يحتاج إلى أن يناظره فعسى أن يتوب من غير قتال، ولايتأتى ذلك ما لم يأمن كل واحد منهما من صاحبه، وكذا إن قال: لا سبيل عليك، أو أمّنه بالفارسية أو النبطية، هكذا روى عن عمر - رضى الله تعالى عنه - أنه كتب إلى أمراء الأجناد: أيما مسلم قال لكافر (مبرس)[2] أولا يذهل أولاده فهو أمان، وكل من يصح أمانه للحربى يصح أمانه للباغى كالمرأة والعبد الذى يقاتل مع مولاه، فإن كان العبد لا يقاتل مع مولاه فأمانه لأهل البغى على الخلاف، ولايجوز أمان الذمى، وإن كان يقاتل مع أهل العدل كما يجوز أمانه للكفار[3].

سابعاً: حكم التوارث بين أهل البغى وأهل العدل:

جاء فى (المبسوط): إذا قتل العادل فى الحرب أباه الباغى ورثه؛ لأنه قتل بحق فلا يحرمه الميراث كالقتل رجمًا أو فى قصاص، وهذا لأن حرمان الميراث عقوبة شرعت جزاءً على قتل محظور، فالقتل المأمور به لا يصلح أن يكون سببًا له، وكذلك الباغى إذا قتل مورثه العادل يرثه فى قول أبى حنيفة ومحمد، ولا يرثه فى قول أبى يوسف؛ لأنه قتل بغير حق فيحرمه الميراث، كما لو قتله ظلمًا من غير تأويل، فيحرمه الميراث، كما لو قتله ظلمًا من غير تأويل، وهذا لأن اعتقاده تأويله لايكون حجة على مورثه العادل ولا على سائر ورثته، وإنما يعتبر ذلك فى حقه خاصة؛ يوضحه أن تأويل أهل البغى عند انضمام المنعة يعتبر على الوجه الذى يعتبر فى حق أهل الحرب، وتأثير ذلك فى إسقاط ضمان النفس والمال لا فى حكم التوريث؛ إذ لاتوارث بين المسلم والكافر، فكذلك تأويل أهل البغى، وأبو حنيفة ومحمد يقولان: المقاتلة بين الفئتين بتأويل الدين فيستويان فى الأحكام، وإن اختلفا فى الآثام كما فى سقوط الضمان، وكما فى حق أهل الحرب مع المسلمين، وكما أن قتل الباغى مورثه بغير حق فقتل الحربى كذلك بغير حق، ثم لايتعلق به حرمان الميراث حتى إذا جرح الكافر مورثه ثم أسلم ثم مات من تلك الجراحة ورثه، وكما أن اعتقاده لا يكون حجة على العادل فى حكم التوريث فكذلك فى حكم سقوط حقه فى الضمان لا يكون حجة، ولكن قيل: لما انقطعت ولاية الإلزام بانضمام المنعة إلى التأويل جعل الفاسد من التأويل كالصحيح فى ذلك الحكم، فكذلك فى حكم التوريث[4].

---

(١) المبسوط : ١٠ / ١٣٥ . والحديث فى سنن أبى داود، كتاب الجهاد، باب فى السرية ترد على أهل العسكر.

(٢) صحيح مسلم - كتاب الإمارة . باب حكم من فرق أمر المسلمين وهو مجتمع .

(٣) المبسوط : ١٠/١٢٩.

(٤) المرجع السابق :١٠/١٣١، ١٣٢.

ثامنًا : اتفاق أهل العدل وأهل البغي على قتال أهل الحرب وأثره :

جاء في (المبسوط): أنه إذا اجتمع أهل العدل وأهل البغي على قتال أهل الحرب فغنموا غنيمة اشتركوا فيها؛ لأنهم مسلمون اشتركوا في القتال؛ لإعزاز الدين وفي إحراز الفيء بدار الإسلام، وهو معنى قول علي : «لن نمنعكم الفيء ما دامت أيديكم مع أيدينا»، ويأخذ خمسها أهل العدل ليصرفوا ذلك إلى المصارف، فإن أهل البغي لا يفعلون؛ لأنهم يستعملون أموالنا، فالظاهر أنهم لا يصرفون الخمس إلى مصارفه، ولأن أهل العدل يؤمرون بأن يتكلفوا لتكون الراية لهم، وإنما يظهر ذلك إذا كانوا هم الذين أخذوا الخمس، وكذلك إن غنم أحد الفريقين دون الآخر اشتركوا فيها؛ لأن بعضهم ردءٌ لبعض، وقد اشتركوا في الإحراز، وكذلك إذا غزا الإمام بجند المسلمين فمات في أرض الحرب، واختلف الجند فيمن يستخلفونه ثم غنموا أو غنمت طائفة منهم اشتركوا فيها؛ لأنهم مع هذا الاختلاف يجتمعون على قتال أهل الحرب لإعلاء كلمة الله تعالى وإعزاز الدين فيشتركون في المصاب[1].

تاسعًا: ما يصنع بالقتلى من أهل العدل وأهل البغي:

جاء في (المبسوط): يصنع بقتلى أهل العدل ما يصنع بالشهيد فلا يُغَسلون ويُصلى عليهم هكذا فعل علي رضي الله عنه بمن قُتل من أصحابه، وبه أوصى عمار بن ياسر وحجر بن عدي وزيد بن صوحان رضي الله تعالى عنهم، حين استشهدوا.

ولا يُصلى على قتلى أهل البغي ولا يُغسلون أيضًا ولكنهم يدفنون؛ لإماطة الأذى، هكذا روي عن علي رضي الله عنه أنه لم يصل على قتلى النهروان، ولأن الصلاة عليهم للدعاء لهم والاستغفار، قال الله تعالى : ﴿ وصلِّ عليهم إن صلاتك سكن لهم ﴾[2].

وقد منعنا من ذلك في حق أهل البغي، ولأن القيام بغسلهم والصلاة عليهم نوع موالاة معهم، والعادل ممنوع من الموالاة مع أهل البغي في حياة الباغي، فكذلك بعد وفاته، وكان الحسن بن زياد - رحمهما الله تعالى - يقول : هذا إذا بقيت لهم فئة، فإن لم يبق لهم فلا بأس للعادل بأن يغسل قريبه من أهل البغي ويصلي عليه، وجعل ذلك بمنزلة قتل الأسير والتجهيز على الجريح؛ لأن في القيام بذلك مراعاة حق القرابة، ولابأس بذلك إذا لم يبق لهم فئة، ويكره أن تؤخذ رءوسهم فيطاف بها في الآفاق؛ لأنه مُثلة وقد نهى رسول الله ﷺ عن المُثلة ولو بالكلب العقور، ولأنه لم يبلغنا أن عليا رضي الله عنه صنع ذلك في شيء من حروبه، وهو المتبع في الباب، ولما حُمل رأس يباب البطريق إلى أبي بكر رضي الله تعالى عنه كرهه، فقيل: إن الفرس والروم يفعلون ذلك، فقال: لسنا من الفرس ولا الروم. يكفينا الكتاب والخبر، وقد جوَّز ذلك بعض المتأخرين من أصحابنا إن كان فيه كسر شوكتهم أو طمأنينة قلب أهل العدل استدلالاً بحديث ابن مسعود رضي الله تعالى عنه حين حمل رأس أبي جهل إلى رسول الله ﷺ فلم ينكر[3][4].

---

(١) المبسوط : ١٠/ ١٣٥، ١٣٦.

(٢) سورة التوبة ، الآية: ١٠٣ .

(٣) المبسوط : ١٠/ ١٣١.

(٤) سنن ابن ماجه، كتاب: إقامة الصلاة والسنة فيها، باب ماجاء في الصلاة والسجدة عند الشكر.

مذهب المالكية:

أولاً : حكم قتالهم وضوابطه:

جاء فى (منح الجليل): «البغاة قسمان: أهل تأويل وأهل عناد، وللإمام العدل فى قتالهم خاصة جميعًا ما له فى قتال الكفار، وإن كان فيهم النساء والذرية بعد أن يدعوهم إلى الحق. ابن عرفة: المتأوِّل من كان فعله ذلك؛ لاعتقاده أن حقية قتاله الإمام واجب كأبى بكر فى مانعى الزكاة ... وعن مالك وأصحابه : إذا امتنع أهل البغى - ولو كانوا ذوى بصائر وتأويلٍ، فلا ينبغى للإمام والمسلمين أن يدعوا للخروج عليهم حتى يردوهم إلى الحق وحكم الإسلام، وأما غير العدل فليس له قتالهم؛ لاحتمال أن خروجهم لجوْره، وإن لم يجز الخروج عليه[1].

وفى (التاج والإكليل): إذا امتنع أهل البغى - ولو كانوا متأولين - من الإمام العدل فله منهم ما له فى الكفار، ولا يرميهم بالنار، وأن لا يكون فيهم نساء ولا ذرية، ولا يسترقون، قال سحنون فى الخوارج: سماهم النبى ﷺ مارقين ولم يسمهم كفارًا، وسَنَّ على رضي الله عنه قتالهم فلم يكفِّرهم ولا سباهم ولا أخذ أموالهم ... ولا يُتبعوا بما سفكوا من دم ونالوا من فرج لا بقود ولا بدية ولا صداق ولا حد، ولا تُحرق أشجارهم ولا ترفع رءوسُهُم بأرماح، وتقدم نص القرافى: لا تُحَرَّق مساكنهم ولا تُقطع أشجارهم، ولايستعان بمشرك على قتالهم ولا يوادعهم على مال، ولا يدعوهم بمال[2].

وفى (حاشية الدسوقى): أن المرأة المقاتلة بالسلاح كالرجل يجوز قتلها بخلاف ما لو قاتلت بغير سلاح فلا تُقتل ما لم تقتل أحدًا. هذا فى حال القتال، وأما بعده فإن كانت متأولة فلا تضمن شيئًا، وإن كانت غير متأولة ضمنت ورقت[3].

ثانياً : حكم أموالهم :

جاء فى (التاج والإكليل): ما أصاب الإمام من عسكر أهل البغى من كراع أو سلاح، فإن كانت لهم فئة قائمة فلا بأس أن يستعين به الإمام ومن معه على قتالهم إن احتاجوا إليه، فإن زالت الحرب رُدّ لأهله كغيره، قال عبد الملك: وغير السلاح والكُراع تُوقف حتى تُرد إليهم، وإن لم تكن لهم فئة قائمة رُدّ ذلك من سلاح وغيره. وكذا فعل علىٌّ رضي الله عنه[4].

ثالثاً : أسراهم :

جاء في (منح الجليل): «يمتاز قتال البغاة من قتال الكفار بأحد عشر وجهاً: أن يقصد بقتالهم ردعهم وأمثالهم، وأن يُكفَّ عن مدبرهم، ولايجهز على جريحهم، ولاتقتل أسراهم، ولاتغنم أموالهم، ولاتسبى ذراريهم ولايستعان عليهم بمشرك، ولايوادعهم على مال، ولاتنصب الرَّعَّادات عليهم، وَلاتحرق مساكنهم، ولايقطع شجرهم[5].

رابعاً: حكم الضمان فيما يقع من الباغى:

جاء فى (الشرح الكبير): ولم يضمن باغٍ متأوِّل فى خروجه على الإمام أتلف نفسًا أو مالاً حال

(١) منح الجليل شرح مختصر خليل : ٩ / ٢٠٠ .
(٢) التاج والإكليل لمختصر خليل : ٨/ ٢٧٠.
(٣) حاشية الدسوقى : ٤ / ٢٩٨.
(٤) التاج والإكليل : ٨/ ٢٧٠.
(٥) منح الجليل : ٩ / ٢٠٠ .

خروجه، وذلك لعذره بالتأويل بخلاف الباغى غير المتأول، وقد علّق الدسوقى فى حاشيته على قوله: أتلف نفساً أى: كلاً أو بعضاً، فلادية عليه لنفس أو طرف، ولا يُقتص منه بعد انكفافه عن البغى والدخول تحت طاعة الإمام، ولا يضمن أيضًا مهر فرج استولى عليه حال خروجه ولحق به الولد، ولاحد عليه؛ لأنه متأول، وفهم من قول المصنف: «أتلف» أنه لو كان المال موجودًا لرده لصاحبه وهو كذلك؛ والدليل على أن الباغى المتأول لا يضمن أن الصحابة أهدرت الدماء التى كانت في حروبهم، ومن المعلوم أنهم كانوا متأولين فيها، فدل ذلك على عدم ضمان المتأول النفس وأولى المال.

ثم قال: وضمن الباغى المعاند، وهو غير المتأوِّل النفس والطرف، فيقتص منه، والمال لعدم عذره(١).

خامساً : حكم قضاء أهل البغى :

جاء فى (الشرح الكبير): ومضى حكم قاضيه، أى أن الباغى المتأوّل إذا أقام قاضيًا فحكم بشىء فإنه ينفذ، ولا تصحح أحكامه، بل تُحمل على الصحة، وأما غير المتأول فأحكامه التى حكم بها قاضيه تُتعقب، فما وجد منها صوابًا مضى وإلاّ رُدّ، ومضى حد أقامه لعظم شأنه؛ لأنه من حقوق الله تعالى فلا يعاد على المحدود إن كان غير قتل، ولا دية على القاضى إن قتلا ونحوه، ورد ذمى مع الباغى المتأول لذمته، فلا يغرم ما أتلفه من نفس أو مال، ولا يعد خروجه معه نقضًا للعهد(٢).

(١) الشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه : ٤/٢٩٨ - ٣٠٠.
(٢) السابق : ٤/٢٩٨.

سادساً: حكم الأمان لأهل البغى :

جاء فى (منح الجليل): ويجوز تأخير قتالهم مدة بالمصلحة إذا كفوا عن القتال وطلبوا الأمان، ولم يُخش غدرهم. قال ابن شاس: إذا سأل أهل البغى الإمام العدل تأخيرهم أيامًا وبذلوا له على ذلك، فلا يحل له أن يأخذ شيئًا منهم، وله أن يؤخرهم إلى المدة التى سألوها(٣).

سابعًا : حكم التوارث بين أهل البغى وأهل العدل:

جاء فى (منح الجليل): وكُره للرجل المعين للإمام على قتال البغاة قتلُ أبيه الباغى عمدًا مبارزة أو غيرها، وفهم كراهة أمه بالأولى، وأنه لا يكره له قتل أخيه ولا عمه ولا جده لأبيه ولا لأمه، ومن قتل أباه أو أخاه الباغى ورثه؛ لأنه ليس عدوانًا، أى الولد القاتل والده المقتول(٤).

ثامناً : ما يصنع بالقتلى من أهل البغى:

جاء فى (التاج والإكليل) قال مالك: لا يُصلى على موتى القدرية، قال سحنون: أدبًا لهم، فإذا خيف أن يضيعوا غُسِّلوا وصُلّى عليهم، وكذا فى التلقين، وكذا فَسَّر ابن رشد المدونة وقال أبو عمر فى قوله ﷺ: «يخرج فيكم قوم تحقرون صلاتكم مع صلاتهم»(٥) هذا يوجب أن لا يقطع أحد على الخوارج ولا على غيرهم من أهل البدع بالخروج من أهل الإسلام ، ثم حكى أن عمر بن عبد العزيز كتب فى الخوارج فقال: إن كان من

(٣) منح الجليل: ١٩ / ٢٠١ .
(٤) السابق : ٩ / ٢٠٣ .
(٥) صحيح البخارى، كتاب: فضائل القرآن، باب / إثم من راءى بقراءة القرآن .

رأى القوم أن يسيحوا فى الأرض من غير فساد على الأئمة، ولاعلى أحد من أهل الذمة، ولا قطع سبيل المسلمين فليذهبوا حيث شاءوا، وإن كان رأيهم القتال فو الله لو أن أبكارى خرجوا رغبة عن جماعة المسلمين لأرقتها، قال أبو عمر إلى ترك قتالهم[١].

مذهب الشافعية :

أولاً : حكم قتالهم وضوابطه :

جاء فى (المهذب): أنه لايجوز الخروج عن الإمام ... فإذا خرجت على الإمام طائفة من المسلمين ورامت خلعه بتأويل، أو منعت حقًا توجه عليها بتأويل وخرجت عن قبضة الإمام وامتنعت بمنعة قاتلها الإمام؛ لقول الله عز وجل: ﴿ وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا ﴾[٢] فإن طلبوا الإنظار نُظر، فإن كان يومين أو ثلاثة أنظرهم؛ لأن ذلك مدة قريبة لعلهم يرجعون إلى الطاعة، فإن طلبوا أكثر من ذلك بحث عنه الإمام، فإن كان قصدهم الاجتماع على الطاعة أمهلهم، وإن كان قصدهم الاجتماع على القتل لم ينظرهم لما فى الإنظار من الأضرار.

ولا يتبع فى القتال مدبرهم، ولايجهز على جريحهم؛ لما روى عبد الله بن مسعود أن النبى ﷺ قال: «يا ابن أم عبد، ما حكم من بغى من أمتى؟ فقلت: الله ورسوله أعلم، فقال: لا يتبع مدبرهم ولا يجهز على جريحهم ولا يقتل أسيرهم ولايقسم فيؤهم .. لأن قتالهم للدفع والرد إلى الطاعة دون القتل، فلا يجوز فيه

(١) سورة الحجرات : الآية : ٩ .
(٢) التاج والإكليل : ٢ / ٢٤٩ ، ٢٥٠ .

القصد إلى القتل من غير حاجة.

وإن حضر معهم من لايقاتل ففيه وجهان: **أحدهما:** لايقصد بالقتل؛ لأن القصد من قتالهم كفهم، وهذا قد كَفَّ نفسه فلم يُقصد. **والثانى:** يقتل .. لأنه صار ردءًا لهم. ولا تقتل النساء والصبيان، كما لايُقتلون فى حرب الكفار، فإن قاتلوا جاز قتلهم، كما يجوز قتلهم إذا قصدوا قتله فى غير القتال، ويكره أن يقصد قتل ذى رحم مَحْرم، كما يُكره فى قتال الكفار، فإن قاتله لم يُكره، كما لايكره إذا قصد مثله فى غير القتال[٣].

ثانياً: حكم أموالهم :

جاء فى (المهذب): أنه لا يجوز أخْذُ مالهم؛ لحديث ابن مسعود وحديث أبى أمامة فى صفين؛ ولأن الإسلام عصم دمهم ومالهم، وإنما أبيح قتالهم للدفع والرد إلى الطاعة، ويبقى حكم المال على ما كان فلم يجز أخذه كمال قُطّاع الطريق، ولايجوز الانتفاع بسلاحهم وكراعهم من غير إذنهم من غير ضرورة؛ لقوله ﷺ: «لايحل مال امرىء مسلم إلا بطيب نفس منه»[٤] ولأن من لا يجوز أخذ ماله لم يجز الانتفاع بماله من غير إذنه، ومن غير ضرورة كغيرهم، وإن اضطر إليه جاز كما يجوز أكل مال غيره عند الضرورة[٥].

ثالثاً : حكم أسراهم :

جاء فى (المهذب): ولايُقتل أسيرهم، فإن قتله ضمنه بالدية؛ لأنه صار بالأسر محقون الدم،

(٣) المهذب : ٢ / ٢١٩ .
(٤) مسند الإمام أحمد، مسند البصريين، حديث عم أبى حرة الرقاشى عن عمه.
(٥) السابق : الصفحة نفسها .

فصار كما لو رجع إلى الطاعة، وهل يضمنه بالقصاص؟ فيه وجهان: **أحدهما**: يضمنه، **والثانى**: لايضمنه، فإن كان الأسير حرًا بالغًا فدخل فى الطاعة أطلقه، وإن لم يدخل فى الطاعة حبسه إلى أن تنقضى الحرب ليكف عن شره ثم يطلقه، ويشترط عليه أن لا يعود إلى القتال. وإن كان عبدًا أو صبيًا لم يحبسه؛ لأنه ليس من أهل البيعة، ومن أصحابنا من قال : يحبسه؛ لأن فى حبسه كسرًا لقلوبهم[1].

رابعًا : حكم الضمان فيما يقع من الباغى، وما يقع عليه :

جاء فى (المهذب) : أنه إن أتلف أحد الفريقين على الآخر نفسًا أو مالاً فى غير القتال وجب عليه الضمان؛ لأن تحريم نفس كل واحد منهما وماله كتحريمهما قبل البغى فكان ضمانها كضمانها قبل البغى. وإن أتلف أهل العدل على أهل البغى نفسًا أو مالاً فى حال الحرب بحكم القتال لم يجب عليه الضمان؛ لأنه مأمور بإتلافه فلا يلزمه ضمانه كما لو قتل من يقصد نفسه أو ماله من قُطّاع الطريق، وإذا أتلف أهل البغى على أهل العدل ففيه قولان: **أحدهما**: يجب الضمان؛ لأنه أتلف بعدوان فوجب عليه الضمان، كما لو أتلف عليه فى غير القتال؛ **والقول الثانى**: لا يجب عليه الضمان وهو الصحيح. ثم قال : وإن خرجت على الإمام طائفة من المسلمين لامنعة لها وأظهرت رأى الخوارج كان حكمهم فى ضمان النفس والمال والحدود حكم أهل العدل ... وإن خرجت طائفة من المسلمين عن طاعة الإمام بغير تأويل واستولت على البلاد، ومنعت ماعليها وأخذت ما لا يجوز أخذه قصدهم الإمام وطالبهم بما منعوا، ورد ما أخذوا وغرمهم ما أتلفوه بغير حق، وأقام عليهم حدود ما ارتكبوا؛ لأنه لا تأويل لهم فكان حكمهم كحكم قطاع الطريق[2].

خامسًا: حكم قضاء أهل البغى:

جاء فى (المهذب): أنه إن ولّوا فيما استولوا عليه قاضيًا نظر، فإن كان ممن يستبيح دماء أهل العدل وأموالهم لم ينفذ حكمه؛ لأن من شرط القضاء العدالة والاجتهاد، وهذا ليس بعدل ولامجتهد، وإن كان ممن لا يستبيح دماءهم ولا أموالهم نفذ من حكمه ما ينفذ من حكم قاضى أهل العدل، ورد من حكمه ما يرد من قاضى أهل العدل؛ لأن لهم تأويلاً يسوغ فيه الاجتهاد، فلم ينقض من حكمه ما يسوغ فيه الاجتهاد، وإن كتب قاضيهم إلى قاضى أهل العدل استحب أن لايقبل كتابه استهانةً بهم وكسرًا لقلوبهم، فإن قبله جاز؛ لأنه ينفذ حكمه فجاز الحكم بكتابه كقاضى العدل. وإن استولوا على بلد وأقاموا الحدود وأخذوا الزكاة والخراج والجزية اعتد ... فإن عاد البلد إلى أهل العدل فادعى مَنْ عليه الزكاة أنه دفعها إلى أهل البغى قبل قوله.

وهل يحلف عليه مستحبًا أو واجبًا؟ وجهان. وإن ادعى عليه الجزية أنه دفعها إليهم لم يقبل قوله؛ لأنه عوض فلم يقبل قوله فى الدفع كالمستأجر إذا ادّعى دفع الأجرة. وإن ادعى من عليه الخراج أنه دفعه إليهم ففيه وجهان: **أحدهما**: يقبل قوله؛ لأنه مسلم فقبل قوله فى

(١) المهذب : ٢ / ٢٢٠ .

(٢) السابق : ٢/ ٢٢٠ ، ٢٢.

الدفع كما قلنا فيمن عليه الزكاة، **والوجه الثانى**: أنه لايقبل؛ لأن الخراج ثمن، أو أجرة فلم يُقبل قوله فى الدفع؛ كالثمن فى البيع، والأجرة فى الإجارة[١].

سادساً : حكم الأمان لأهل البغى :

جاء فى (المهذب): وإن أظهر قوم رأى الخوارج ولم يخرجوا عن قبضة الإمام لم يتعرض لهم؛ لأن عليًا كرّم الله وجهه سمع رجلاً من الخوارج يقول: لا حكم إلا لله - تعريضًا له فى التحكيم فى صفين - فقال: كلمة حق أريد بها باطل، ثم قال: لكم علينا ثلاث: لانمنعكم مساجد الله أن تذكروا فيها اسم الله، ولانمنعكم من الفىء ما دامت أيديكم معنا، ولا نبدؤكم بقتال، ولأن النبى ﷺ لم يتعرض للمنافقين الذين كانوا معه فى المدينة فلأن لا نتعرض لأهل البغى - وهم من المسلمين - أولى[٢].

سابعاً: حكم اقتتال طائفتين من أهل البغى:

جاء فى (المهذب): وإن اقتتل فريقان من أهل البغى، فإن قدر الإمام على قهرهما لم يعاون واحدًا منهما؛ لأن الفريقين على الخطأ، وإن لم يقدر على قهرهما ولم يأمن أن يجتمعا على قتاله ضم إلى نفسه أقربهما إلى الحق، فإن استويا فى ذلك اجتهد فى رأية فى ضم أحدهما إلى نفسه، ولا يقصد بذلك معاونته على الآخر، بل يقصد الاستعانة به على الآخر، فإذا انهزم الآخر لم يقاتل الذى ضمه إلى نفسه حتى يدعوه إلى الطاعة؛ لأنه حصل بالاستعانة به فى أمانه»[٣].

(١) المهذب : ٢ / ٢٢٠ ، ٢٢١.
(٢) السابق : ٢ / ٢٢٠ .
(٣) السابق : ٢ / ٢١٩ ، ٢٢٠ .

ثامنًا : ما يُصنع بالقتلى من أهل العدل وأهل البغى :

جاء فى (المهذب): أن من قتل من أهل البغى فى قتال أهل العدل غسل وصلى عليه؛ لأنه مسلم قتل بحق فلم يسقط غسله والصلاة عليه كمن قتل فى الزنا والقصاص، ومن قُتل من أهل العدل فى حرب أهل البغى ففيه قولان، **أحدهما**: يُغسل ويصلى عليه؛ لأنه مسلم قُتل فى حرب الكفار؛ فهو كمن قتله اللصوص، **والقول الثانى**: أنه لايغسل ولا يصلى عليه؛ لأنه قتل فى حرب هو فيه على الحق، وقاتله على الباطل فأشبه المقتول فى معركة الكفار[٤].

مذهب الحنابلة:

تمهيد:

الأصل فى هذا الباب قول الله تعالى: ﴿وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا . . . ﴾ الآية[٥] ففى هذه الآية خمس فوائد. **أحدها**: أنهم لم يخرجوا بالبغى من الإيمان، فإنه سماهم مؤمنين. **الثانية**: أنه أوجب قتالهم. **الثالثة**: أنه أسقط قتالهم إذا فاءوا إلى أمر الله. **الرابعة**: أنه أسقط عنهم التبعة فيما أتلفوه فى قتالهم. **الخامسة**: أن الآية أفادت جواز قتال كل من منع حقاً عليه، روى عبد الله بن عمر وقال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «من اعطى إمامًا صفقة يده وثمرة فؤاده فليعطه ما استطاع، فإن جاء آخر ينازعه فاضربوا عنق الآخر»[٦].

(٤) السابق : ١ / ١٣٥ .
(٥) سورة الحجرات، الآية: ٥ .
(٦) أخرجه: مالك فى الموطأ - كتاب: الصرف، باب/ الصلح فى الشرب، والحاكم فى المستدرك. كتاب: العلم، باب/ فى توقير العالم، والدار قطنى، كتاب: البيوع.

ثم قال فى موضع آخر: البغى هم قوم من أهل الحق يخرجون عن قبضة الإمام ويرمون خلعه لتأويل سائغ وفيهم منعة يحتاج فى لفهم إلى جميع الجيش، فهؤلاء البغاة الذين نذكر فى هذا الباب حكمهم، وواجب على الناس معونة إمامهم فى قتال البغاة؛ ولأنهم لو تركوا معونته لقهره أهل البغى، وظهر الفساد فى الأرض.

أولاً : حكم قتالهم وضوابطه :

جاء فى (المغنى): لو خرج رجل على الإمام فقهره، وغلب الناس بسيفه حتى أقروا له وأذعنوا بطاعته وتابعوه صار إماماً يحرم قتاله والخروج عليه، فإن عبد الملك بن مروان خرج على ابن الزبير فقتله، واستولى على البلاد وأهلها حتى بايعوه طوعاً وكرهاً؛ فصار إماماً يحرم الخروج عليه؛ وذلك لما فى الخروج عليه من شق عصا المسلمين وإراقة دمائهم وذهاب أموالهم، ويدخل الخارج عليه فى عموم قوله عليه السلام «ومن خرج على أمتى وهم جميع فاضربوا عنقه بالسيف كائناً من كان»[١]. فمن خرج على من ثبتت إمامته بأحد هذه الوجوه باغياً وجب قتاله، ولا يجوز قتالهم حتى يبعث إليهم يسألهم ويكشف لهم الصواب، فإما إن أمكن تعريفهم عرفهم ذلك وأزال فليذكرونه من المظالم وأزال حججهم، فإن لجوا قاتلهم حينئذ.

قال ابن المنذر: أجمع على هذا كل من أحفظ عنهم من أهل العلم، فإن كان قصدهم الاجتماع على قتاله وانتظار مدد يقوون به أو خديعة الإمام، أو ليأخذوه على غرة ويفترق عسكره لم ينظرهم وعاجلهم؛ لأنه لا يأمن أن يصير هذا طريقاً إلى قهر أهل العدل، ولا يجوز هذا، وإن أعطوه عليه مالاً؛ لأنه لايجوز أن يأخذ المال على إقرارهم على ما لايجوز إقرارهم عليه، وإن بذلوا له رهائن على إنظارهم لم يجز أخذها لذلك؛ ولأن الرهائن لا يجوز قتلهم لغدر أهلهم فلا يفيد شيئاً، وإن كان فى أيديهم أسرى من أهل العدل وأعطوا بذلك رهائن منهم قبلهم الإمام واستظهر للمسلمين، فإن أطلقوا أسرى المسلمين الذين عندهم أطلقت رهائنهم، وان قتلوا من عندهم لم يجز قتل رهائنهم؛ لأنهم لا يقتلون بقتل غيرهم، فإذا انقضت الحرب خلى الرهائن كما تخلى الأسارى منهم، وإن خاف الإمام على الفئة العادلة الضعف عنهم أخر قتالهم إلى أن تمكنه القوة عليهم؛ لأنه لا يأمن والاستئصال فيؤخرهم حتى تقوى شوكة أهل العدل ثم يقاتلهم، وإن سألوه أن ينظرهم أبداً ويدعهم وما هم عليه، ويكفوا عن المسلمين نظرت، فإن لم يعلم وقوته عليهم، وخاف قهرهم له إن قاتلهم تركهم، وإن قوى عليهم لم يجز إقرارهم على ذلك؛ لأنه لا يجوز أن يترك بعض المسلمين طاعة الإمام، ولا تؤمن قوة شوكتهم بحيث يفضى إلى قهر الإمام العادل ومن معه.

ثم إن أمكن دفعهم بدون القتل لم يجز قتلهم؛ لأن المقصود دفعهم لأهلهم، ولأن المقصود إذا حصل بدون القتل لم يجز القتل من غير حاجة، وإن حضر معهم من لا يقاتل لم يجز قتله؛ لقول الله تعالى : ﴿ ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم ﴾[٢][٣].

(١) أخرجه أبو داود - كتاب: الديات، باب / ديات الأعضاء، والبيهقى - كتاب، الفرائض، باب/ يرث القاتل .

(٢) سورة النساء ، الآية : ٩٣ .

(٣) المغنى : ١٠ / ٤٨ .

وإذا قاتل معهم عبيد ونساء وصبيان فهم كالرجل البالغ الحر يقاتلون مقبلين، ويتركون مدبرين؛ لأن قتالهم للدفع، ولو أراد أحد هؤلاء قتل إنسان جاز دفعه وقتاله، وإن أتى على نفسه، ولذلك قلنا فى أهل الحرب : إذا كان معهم النساء والصبيان يقاتلون قوتلوا وقتلوا[(١)].

ولايقاتل البغاة بما يعم إتلافه كالنار والمنجنيق والتفريق من غير ضرورة؛ لأنه لايجوز قتل من لايقاتل، وما يعم إتلافه يقع على من يقاتل ومن لايقاتل، فإن دعت إلى ذلك ضرورة مثل أن يحتاط بهم البغاة، ولايمكنهم التخلص إلاّ برميهم بما يعم إتلافه جاز ذلك[(٢)].

قال أبو بكر: إذا اقتتلت طائفتان من أهل البغى فقدر الإمام على قهرهما لم يعن واحدة منهما؛ لأنهما جميعًا على الخطأ، وإن عجز عن ذلك وخاف اجتماعهما على حربه ضم إليه أقربهما إلى الحق، فإن استويا اجتهد برأيه فى ضم إحداهما، ولايقصد بذلك معونة إحداهما بل الاستعانة على الأخرى، فإذا هزمها لم يقاتل من معه حتى يدعوهم إلى الطاعة؛ لأنهم قد حصلوا فى أمانه، ولايستعين على قتالهم بالكفار بحال، ولا بمن يرى قتلهم مدبرين؛ لأن القصد كفهم وردهم إلى الطاعة دون قتلهم، وإن دعت الحاجة إلى الاستعانة بهم، فإن كان يقدر على كفهم استعان بهم، وإن لم يقدر لم يجز[(٣)].

وإذا لم يمكن دفع أهل البغى إلاّ بقتلهم جاز قتلهم ولاشىء على من قتلهم من إثم ولا ضمان، ولا كفارة؛ لأنه فعل ما أمر به، وقتل مَنْ أحلَّ الله قتله، وأمر بمقاتلته، وكذلك ما أتلفه أهل العدل على أهل البغى حال الحرب من المال لاضمان فيه؛ لأنهم إذا لم يضمنوا الأنفس فالأموال أولى، فإن قتل العادل كان شهيدًا؛ لأنه قتل فى قتال أمر الله تعالى به بقوله : ﴿فقاتلوا التى تبغى﴾[(٤)].

ثانيًا : حكم أموالهم وأسراهم :

جاء فى (المغنى): أما غنيمة أهل البغى وسبى ذريتهم فلا نعلم فى تحريمه بين أهل العلم خلافًا، وقد ذكرنا حديث ابن مسعود؛ لأنهم معصومون، وإنما أبيح من دمائهم وأموالهم من ضرورة دفعهم وقتالهم، وما عداه يبقى على أصل التحريم . وقد روى أن عليًا رضي الله عنه يوم الجمل قال: من عرف شيئًا من ماله مع أحد فليأخذه، وكان بعض أصحاب علىّ قد أخذ قدرًا وهو يطبخ فيها فجاءه صاحبها ليأخذها فسأله الذى يطبخ فيها إمهاله حتى ينضج الطبخ فأبى وكبه وأخذها. وهذا من جملة ما نقم الخوارج من علىّ فإنهم قالوا : إنه قاتل ولم يسب، ولم يغنم، فإن حلت له دماؤهم حلت له أموالهم، وإن حرمت عليه أموالهم فقد حرمت عليه دماؤهم، فقال لهم ابن عباس: افتسبون أمكم؟ يعنى عائشة، أم تستحلون منها ما تستحلون من غيرها؟ فإن قلتم: ليست أمكم فقد كفرتم، وإن قلتم: إنها أمكم واستحللتم سبيها فقد كفرتم، يعنى بقوله: إنكم إن جحدتم أنها أمكم فقد قال الله تعالى: ﴿النبى أولى بالمؤمنين من أنفسهم وأزواجه أمهاتهم﴾[(٥)] فإن لم تكن أمًا لهم لم يكونوا من

(١) المغنى : ١٠ / ٥٦.
(٢) السابق : ١٠ / ٥٧.
(٣) السابق : ١٠ / ٥٧.
(٤) السابق : ١٠ / ٥٧ والآية من سورة الحجرات رقم : (٥).
(٥) سورة الأحزاب، الآية : ٦ .

المؤمنين، ولأن قتال البغاة إنما هو لدفعهم، وردهم إلى الحق لالكفرهم فلا يستباح منهم إلاّ ماحصل ضرورة الدفع كالصائل وقاطع الطريق، ويبقى حكم المال والذرية على أصل العصمة، وما أخذ من كراعهم وسلاحهم لم يرد إليهم حال الحرب لئلا يقاتلونا به، وذكر القاضى أن أحمد أومأ إلى جواز الانتفاع به حال التحام الحرب، ولا يجوز فى غير قتالهم؛ لأن هذه الحال يجوز فيها إتلاف نفوسهم وحبس سلاحهم وكراعهم، فجاز الانتفاع به كسلاح أهل الحرب، وقال أبو الخطاب: فى هذه المسألة وجهان، ومتى انقضت الحرب وجب رده إليهم كما ترد إليهم سائر أموالهم؛ لقول النبى ﷺ: «لايحل مال امرىء مسلم إلاّ عن طيب نفس منه»[1]، وروى أبو قيس أن عليًا نادى: من وجد ماله فليأخذه[2].

ثالثًا: حكم ضمان ماأتلفه أهل البغى:

ليس على أهل البغى ضمان ما أتلفوه حال الحرب من نفس ولا مال؛ لما روى الزهرى أنه قال: كانت الفتنة العظمى بين الناس وفيهم البدريون فأجمعوا على ألاّ يقام حد على رجل ارتكب فرجاً حرامًا بتأويل القرآن، ولا يغرم مالاً أتلفه بتأويل القرآن، ولأنها طائفة ممتنعة بالحرب بتأويل سائغ فلم تضمن ما أتلفت على الأخرى كأهل العدل؛ ولأن تضمينهم يفضى إلى تنفيرهم عن الرجوع إلى الطاعة فلا يشرع كتضمين أهل الحرب.

وهل يتحتم قتل الباغى إذا قتل أحدًا من أهل العدل فى غير المعركة؟ فيه وجهان: **أحدهما**: يتحتم، لأنه قتل بإشهار السلاح، والسعى فى الأرض بالفساد، فيتحكم قتله كقاطع الطريق. **والثانى**: لا يتحتم وهو الصحيح؛ لقول على رضي الله عنه: إن شئت أن أعفو وإن شئت استقدت، فأما الخوارج فالصحيح على ما ذكرنا إباحة قتلهم فلا قصاص على قاتل أحد منهم، ولا ضمان عليه فى ماله[3].

رابعًا: حكم قضاء أهل البغى :

جاء فى (المغنى): إذا نصب أهل البغى قاضيًا يصلح للقضاء فحكمه حكم أهل العدل ينفذ من أحكامه ما ينفذ من أحكام أهل العدل، ويرد منه ما يرد، فإن كان ممن يستحل دماء أهل العدل وأموالهم لم يجز قضاؤه؛ لأنه ليس بعدل، **ولنا** أنه اختلاف فى الفروع بتأويل سائغ فلم يمنع صحة القضاء، ولم يفسق كاختلاف الفقهاء، فإذا ثبت هذا فإنه إذا حكم بما لايخالف إجماعًا نفذ حكمه، وإن خالف ذلك نقض حكمه، فقاضى أهل البغى أولى، وإن حكم بسقوط الضمان عن أهل البغى فيما أتلفوه حال الحرب جاز حكمه؛ لأنه موضع اجتهاد، وإن كان حكمه فيما أتلفوه قبل قيام الحرب لم ينفذ؛ لأنه مخالف للإجماع.

وإن حكم على أهل العدل بوجوب الضمان فيما أتلفوه حال الحرب لم ينفذ حكمه لمخالفته للإجماع، وإن حُكم بوجوب ضمان أتلفوه فى غير حال الحرب نفذ حكمه، وإن كتب قاضيهم إلى قاضى أهل العدل جاز قبول كتابه؛ لأنه قاض ثابت القضاء نافذ الأحكام، والأولى أن لايقبله

---

(١) أخرجه مالك فى الموطأ - كتاب الصرف - باب الصلح فى الشرب، والحاكم فى المستدرك - كتاب العلم - باب فى توقير العالم، والدار قطنى كتاب البيوع .

(٢) المغنى : ١٠ / ٦٥ - ٦٦.

(٣) المرجع السابق : ١٠ / ٧٠.

كسرًا لقلوبهم، وقال أصحاب الرأى: لا يقبله؛ لأن قضاءه لايجوز، فإن الخوارج إذا ولوا قاضيًا لم يجز قضاؤه؛ لأن أقل أحوالهم الفسق، والفسق ينافى القضاء، ويحتمل أن يصح قضاؤه وتنفذ أحكامه؛ لأن هذا مما يتطاول، وفى القضاء بفساد قضاياه وعقده الأنكحة وغيرها ضرر كثير فجاز دفعًا للضرر كما لو أقام الحدود وأخذ الجزية والخراج والزكاة(١).

خامساً : حكم التوارث بين أهل البغى وأهل العدل :

جاء فى (المغنى): ذكر القاضى أنه لا يكره للعادل قتل ذى رحمه الباغى؛ لأنه قتل بحق فأشبه إقامة الحد عليه، وكرهت طائفة من أهل العلم القصد إلى ذلك؛ لقول الله تعالى: ﴿وإن جاهداك على أن تشرك بى﴾(٢). وقال بعضهم: لا يحل ذلك؛ لأن الله تعالى أمر بمصاحبته بالمعروف، وليس هذا من المعروف، فإن قتله فهل يرثه؟ على روايتين، **إحداهما**: يرثه؛ لأنه قتل بحق فلم يمنع الميراث كالقصاص. **والثانية**: لا يرثه؛ لعموم قوله عليه السلام : «ليس للقاتل شىء»(٣).

وأما الباغى إذا قتل العادل فلا يرثه؛ لأنه قتله بغير حق فلم يرثه كالقاتل خطأ، وفارق ما إذا قتله العادل؛ لأنه قتله بحق، وقال قوم : إذا تعمد العادل قتل قريبه فقتله ابتداءً لم يرثه، وإن قصد ضربه ليصير غير ممتنع فجرحه ومات من هذا الضرب ورثه؛ لأنه قتله بحق، وهذا قول ابن المنذر، وقال : هو أقرب الأقاويل(٤).

سادسًا: ما يصنع بالقتلى من أهل العدل وأهل البغى :

جاء فى (المغنى): أن من قُتل من أهل البغى غُسّل وكُفّن وصُلى عليه، وبهذا قال الشافعى ومالك، وقال أصحاب الرأى: إن لم يكن لهم فئة صلى عليهم، وإن كان لهم فئة لم يصل عليهم؛ لأنه يجوز قتلهم فى هذه الحال فلم يصلّ عليهم كالكفار. ولنا قول النبى ﷺ: «**صلوا على من قال: لاإله إلا الله**». ولأنهم مسلمون لم يثبت لهم حكم الشهادة فيغسلون ويصلى عليهم، كما لو لم يكن لهم فئة.

وما ذكروه ينتقض بالزانى المحصن، والمقتص منه، والقاتل فى المحاربة. ولم يفرق أصحابنا بين الخوارج وغيرهم فى هذا، وظاهر كلام أحمد أنه لا يُصلى على الخوارج فإنه قال: أهل البدع إن مرضوا فلا تعودوهم، وإن ماتوا فلا تصلوا عليهم. وقال أحمد : الجهمية والرافضة لايصلى عليهم. وقد ترك النبى ﷺ الصلاة بأقل من هذا. وذكر أن النبى ﷺ نهى أن نقاتل خيبر من ناحية من نواحيها. فقاتل رجل من تلك الناحية فقتل فلم يصلّ عليه النبى ﷺ، فقيل: إنه كان فى قرية أهلها نصارى، وليس فيها من يصلى عليه، قال: «**أنا لا أشهده يشهده مَنْ شاء**»(٥).

---

(١) المغنى : ١٠ / ٧٠ .
(٢) سورة لقمان، الآية : ١٥ .
(٣) أخرجه أبو داود - كتاب: الديات - باب: ديات الأعضاء، والبيهقى - كتاب: الفرائض - باب: لايرث القاتل.
(٤) المغنى : ١٠ / ٦٧ .
(٥) المرجع السابق : ٦٦/١٠، وانظر : السنة، للخلال، باب: جامع أمر الرافضة : ٣ / ٤٩٩.

وهل يغسل ويصلى على العادل الذى قتل فى حرب أهل البغى؟

روايتان، إحداهما: لايغسل ولايصلى عليه؛ لأنه شهيد معركة أمر بالقتال فيها فأشبه شهيد معركة الكفار. والرواية الثانية: يغسل ويصلى عليه، وهو قول الأوزاعى وابن المنذر؛ ولأن النبى ﷺ أمر بالصلاة على من قال : لا إله إلاّ الله، واستثنى قتيل الكفار فى المعركة ففى ما عداه يبقى على الأصل، ولأن شهيد معركة الكفار أجره أعظم وفضله أكثر، وقد جاء أنه يشفع فى سبعين من أهل بيته، وهذا لايلحق به فى فضله، فلا يثبت فيه مثل حكمه، فإن الشىء إنما يقاس على مثله[1].

سابعًا: حكم البغاة إذا لم يكونوا من أهل البدع:

والبغاة إذا لم يكونوا من أهل البدع ليسوا بفاسقين، وإنما هم يخطئون فى تأويلهم، والإمام وأهل العدل مصيبون فى قتالهم، فهم جميعًا كالمجتهدين من الفقهاء فى الأحكام من شهد منهم قبلت شهادته إذا كان عدلاً، ولا أعلم فى قبول شهادتهم خلافًا، وأما الخوارج وأهل البدع إذا خرجوا على الإمام فلا تُقبل شهادتهم؛ لأنهم فُسَّاق[2].

مذهب الظاهرية :

أولاً : حكم قتال أهل البغى وضوابطه:

جاء فى المحلى : قال الله تعالى : ﴿وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما..﴾[3] فكان قتال المسلمين فيما بينهم على وجهين، قتال البغاة، وقتال المحاربين، فالبغاة قسمان لا ثالث لهما: إما قسمٌ خرجوا على تأويل فى الدين فأخطئوا فيه كالخوارج، وما جرى مجراهم من سائر الأهواء المخالفة للحق، وإما قسم أرادوا لأنفسهم دينًا فخرجوا على إمام حق، أو على من هو فى السيرة مثلهم، فإن تعدت هذه الطائفة إلى إخافة الطريق أو إلى أخذ من لقوا أو سفك الدماء هملاً. انتقل حكمهم إلى حكم المحاربين، وهم فى حكم البغاة ما لم يفعلوا ذلك.

فالقسم الأول: من أهل البغى يبين حكمهم ماقاله الحسن البصرى؛ أخبرتنا أمنا أم سلمة أن رسول الله ﷺ قال فى عمَّار: «تقتلك الفئة الباغية»[4]، قال أبو محمد: وإنما قتل عمارًا أصحاب معاوية، وكانوا متأولين تأويلهم فيه وإن أخطئوا الحق مأجورين أجرًا واحدًا لقصدهم الخير، ويكون من المتأولين قوم لا يعذرون ولا أجر لهم كما روِّينا من طريق البخارى قال علىّ: سمعت رسول الله يقول : «سيخرج قوم فى آخر الزمان أحداث الأسنان، سفهاء الأحلام، يقولون من قول خير البرية، لايجاوز إيمانهم حناجرهم، يمرقون من الدين كما يمرق السهم من الرمية، فأينما لقيتموهم فاقتلوهم، فإن فى قتلهم أجرًا لمن قتلهم يوم القيامة»[5][6].

ثم قال ابن حزم فى حكم أسرى أهل البغى: ومن أُسر من أهل البغى، فإن الناس قد اختلفوا فيه أيُقتل أم لا؟ فقال الشافعى : لا يحل أن يقتل

(١) المغنى : ١٠ / ٦١.
(٢) المرجع السابق : ١٠ / ٦٧.
(٣) سورة الحجرات، الآية : ٩.

(٤) صحيح البخارى، كتاب الصلاة، باب التعاون فى بناء المسجد، وصحيح مسلم، كتاب الفتن، باب: لاتقوم الساعة حتى يمر الرجل بقبر الرجل فيتمنى أن يكون مكانه.
(٥) صحيح البخارى، كتاب استتابة المرتدين، باب قتل الخوارج والملحدين.
(٦) المحلى : ١١ / ٩٧.

منهم أسير أصلاً ما دامت الحرب قائمة، ولابعد تمام الحرب، وبهذا نقول، وبرهان ذلك: أن النبى ﷺ قد صَحَّ عنه أنه قال: «لا يحل دم امرىء مسلم إلاّ بإحدى ثلاث: كفر بعد إيمان، أو زنا بعد إحصان، أو نفس بنفس»[1]، وأباح الله تعالى دم المحارب، فكل مَنْ ورد نص بإباحة دمه، مباح الدم، وكل مَنْ لم يبح الله تعالى دمه ولا رسوله حرام الدم بقول الله تعالى: ﴿ولاتقتلوا أنفكسم﴾[2] ويقول رسول الله ﷺ: «إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام»[3].

قال ابن حزم: وقال الله تعالى: ﴿فقاتلوا التى تبغى حتى تفىء إلى أمر الله﴾[4] ولم يقل تبقى فقاتلوا التى تبقى، والقتال والمقاتلة فعل من فاعلين؛ فإنما حلّ قتال الباغى ومقاتلته، ولم يحل قتله قط فى غير المقاتلة والقتال، فهذا نص القرآن.

ثم قال ابن حزم: واختلفوا أيضًا فى الإجهاز على جرحاهم، والقول فيهم كالقول فى الأسرى سواء؛ لأن الجريح إذا قُدر عليه فهو أسير، وأما ما لم يُقدر عليه وكان ممتنعًا فهو باغٍ كسائر أصحابه، وقد روِّينا عن علىّ أنه قال: لا يذفف على جريح ولا يقتل أسير، ولا يتبع مدبر، وكان لا يأخذ مالاً لمقتول.

واختلفوا: هل يجوز اتباع مدبرهم؛ فقالت طائفة: لايُتبع المدبر منهم أصلاً، وقال آخرون: إن كانوا تاركين للقتال جملة منصرفين إلى بيوتهم فلا يحل اتباعهم أصلاً، وإن كانوا منحازين إلى فئة أولائذين بمعقل يمتنعون فيه، أو زائلين عن الغالبين لهم من أهل العدل إلى مكان يأمنونهم فيه كمجىء الليل أو ببعد الشقة ثم يعودون إلى حالهم فيتبعون. قال أبو محمد: وبهذا نقول؛ لأنه نص القرآن؛ لأن الله تعالى افترض علينا قتالهم حتى يفيئوا إلى أمر الله، فإذا فاءوا حُرم علينا قتلهم وقتالهم .. وأما إذا كان إدبارهم ليتخلصوا من غلبة أهل الحق وهم باقون على بغيهم، فقتالهم باقٍ علينا؛ لأنهم لم يفيئوا بعد إلى أمر الله[5].

حكم قتل الأب الباغى:

جاء فى [المحلى] : هل للعادل أن يتعمد قتل أبيه الباغى أم لا؟ قال أبو محمد: قال قائلون: لا يحل لمن كان من أهل العدل قتل أبيه أو أخيه أو ذى رحم من أهل البغى عمدًا، لكن إن ضربه ليصير بذلك غير ممتنع من أخذ الحق منه فلا حرج عليه فى ذلك، قال أبو محمد: ولسنا نقول بهذا، فإن بر الوالدين وصلة الرحم إنما أمر الله بهما ما لم يكن فى ذلك معصية لله تعالى وإلا فلا. وقد أمر الله بقتال الفئة الباغية ولم يخص بذلك ابنا من أجنبى.

وقتال أهل البغى قتال فى الدين؛ إلاّ أننا لا نختار أن يعمد المرء إلى أبيه خاصة، أو جده ما دام يجد غيرهما، فإن لم يفعل فلا حرج عليه.

فأما إذا رأى العادل أباه الباغى أو جده يقصد إلى مسلم يريد قتله أو ظلمه ففرض على الابن حينئذٍ أن لايشتغل بغيره عنه، وفرض عليه دفعه عن المسلم بأى وجه أمكنه، وإن كان فى ذلك قتل الأب والجد والأم[6].

(1) سنن ابى داود، كتاب الحدود، باب: الحكم فيمن سبّ النبي ﷺ.
(2) سورة النساء، الآية : ٢٩ .
(3) صحيح البخارى، كتاب: الحج - باب: الخطبة أيام منى، ومسلم - كتاب: القسامة والمحاربين - باب: تغليظ تحريم الدماء والأموال والعفو.

(5) المحلى : ١٠١/١١ .
(6) السابق : ١٠٨/١١، ١٠٩ بتصرف.

ثانيًا : حكم أموال أهل البغى:

قال ابن حزم : قال رسول الله: «إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام»[١]، والسلاح والكراع مال من مالهم فهو محرم على غيرهم، لكن الواجب أن يحُال بينهم وبين كل ما يستعينون به على باطلهم؛ لقول الله تعالى: ﴿ وتعاونوا على البر والتقوى ولاتعاونوا على الإثم والعدوان ﴾[٢] . فصح بهذا يقيناً أن تخليتهم يستعملون السلاح فى دماء أهل العدل والكراع فى قتالهم تعاون على الإثم والعدوان فهو محرم بنص القرآن، وصح أن الحيلولة بينهم وبين السلاح والكراع فى حال البغى تعاون على البر والتقوى.

وأما استعماله فلا يحل لما ذكرنا إلاّ أن يضطر إليه فيجوز حينئذٍ، ومن اضطر إلى الدفاع عن نفسه بحق ففرض عليه أن يدفع الظلم عن نفسه وعن غيره بما أمكنه من سلاح نفسه أو سلاح غيره، فإن لم يفعل فهو ملقٍ بيده إلى التهلكة، وهذا حرام عليه[٣].

ثم قال ابن حزم فى موضع آخر: ولا يحل مال المحارب ولا مال الباغى ولا شىء منه؛ لأنهما - وإن ظلما - فهما مسلمان، ولا يحل شىء من مال المسلم إلاّ بحق، وقد يحل دمه ولا يحل ماله كالزانى المحصن والقاتل عمداً، وقد يحل ماله ولايحل دمه كالغاصب .. وإنما يتبع النص فما أحل الله ورسوله من دم أو مال حلّ، وما حرّما من دمٍ أو مالٍ فهو حرام. والأصل فى ذلك هو التحريم حتى يأتى إحلال؛ لقول رسول الله: «إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام»[٤].

ثالثًا : حكم ضمان ما أصاب أهل البغى:

قال ابن حزم: البغاة ثلاثة أصناف: صنف تأوتلوا تأويلاً يخفى وجهه على كثير من أهل العلم؛ كمن تعلق بآية خصصتها أخرى، أو بحديث قد خصه آخر أو نسخه نص آخر، فهؤلاء معذورون حكمهم حكم الحاكم المجتهد يخطىء فيقتل مجتهداً، أو يتلف مالاً مجتهداً، أو يقضى فى فرج خطأ مجتهداً، ولم تقم عليه الحجة فى ذلك، ففى الدم دية على بيت المال لا على الباغى، ولا على عاقلته، ويضمن المال كل من أتلفه، ونسخ كل ماحكموا به؛ ولاحد عليه فى وطء فرج جهل تحريمه ما لم يعلم بالتحريم، وهكذا أيضًا من تأول تأويلاً خرق به الإجماع بجهالة، ولم تقم عليه الحجة ولا بلغته، وأما من تأول تأويلاً فاسداً لايعذر فيه لكن خرق الإجماع، أى شىء كان ولم يتعلق بقرآن ولا سنة، ولا قامت عليه الحجة، وفهمهما وتأول تأويلاً. وقامت عليه الحجة وعَندَ فعلى من قتل هكذا القود فى النفس فما دونها، والحد فيما أصاب بوطء حرام، وضمان ما استهلك من مال، وهكذا من قام فى طلب دنيا مجرداً بلا تأويل، وهذا لا يعذر أصلاً؛ لأنه عامد لما يدرى أنه حرام، وهكذا من قام عصبية ولا فرق، وقد تكون الفئتان باغيتين إذا قامتا معًا فى باطل، فإن كان هكذا فالقود أيضًا على القاتل من أى الطائفتين كان، وهكذا القول فى المحاربين بقتل بعضهم بعضًا.

---

(١) سبق تخريجه.
(٢) سورة المائدة، الآية : ٢ .
(٣) المحلى : ١١ / ١٠.
(٤) سبق تخريجه .

قال أبو محمد: أما قولنا: من لم تقم عليه الحجة فلا قود عليه ولاحد فلقول الله سبحانه: ﴿لأنذركم به ومن بلغ﴾(١)، فلا حجة إلاَّ على من بلغته الحجة، وقد كان رسول الله ﷺ بالمدينة وجعفر بن أبى طالب، ومن معه من أفاضل الصحابة بأرض الحبشة بينهم المهامه الفيح والبلاد البعيدة، والفرائض تنزل بالمدينة ولا تبلغهم إلا بعد عام أو أعوام كثيرة، وما لزمتهم ملامة عند الله، ولا عند رسوله، ولا عند أحد من الأمة، فصح يقينا أن من جهل حكم شىء من الشريعة فهو غير مؤاخذ به إلاَّ فى ضمان ما أتلف من مال فقط؛ لأنه استهلكه بغير حق، فعليه متى علم أن يرده إلى صاحبه إن أمكن وألا يصر على ما فعل وهو يعلم، وأما وجوب الدية فى ذلك على بيت خاصة.

وروينا أن رسول الله ﷺ قال: «إنكم معشر خزاعة قتلتم هذا القتيل من هذيل، وإنى عاقله فمن قتل له بعد مقالتى هذه قتيل فأهله بين خيرتين بين أن يأخذوا العقل وبين أن يقتلوا، وإنما قتلوه متأولين يوم الفتح»(٢).

وأما من قامت عليه الحجة وبلغه حكم الله تعالى وحكم رسوله، وفهمه لم يكن عنده إلاَّ العناد والتعلق، إما بتقليد مجرد أو برأى مفرد أو بقياس فليس معذورًا، وعليه القود أو الدية وضمان ماأتلف، والحد فى الفرج؛ لقول الله تعالى: ﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾(٣)، وهؤلاء معتدون بلا شك فعليهم مثل مااعتدوا به.

رابعًا: حكم قضاء أهل البغى:

جاء فى [المحلى]: صح أنه لا يحل أن يكون حاكماً إلا من ولاه الإمام الحكم، ولا أن يكون آخذاً للحد إلاَّ من ولاه الإمام ذلك، ولا أن يكون مصدِّقا (أى آخذاً للصدقة للزكاة) إلا من ولاه الإمام أخذها، فإن كان ذلك كذلك، فكل من أقام حدًا، أو أخذ صدقة، أو قضى قضية، وليس ممن جعل الله ذلك له بتقديم الإمام فلم يحكم كما أمر الله تعالى ، ولا أقام الحد كما أمره الله تعالى، ولا أخذ الصدقة كما أمره الله تعالى، فإذا لم يفعل ذلك كما أمر فلم يفعل شيئًا من ذلك بحق، وإذ لم يفعل ذلك بحق فإنما فعله بباطل، وإذ فعله بباطل فقد تعدى، وقال تعالى: ﴿ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه﴾(٤)، وقال رسول الله ﷺ: «من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد»(٥)، فإذا هو ظالم، فالظالم لاحكم له إلاَّ رده ونقضه، فصح من هذا أن كل من أخذ منهم صدقة فعليه ردها؛ لأنه أخذها بغير حق، فهو معتدٍ فعليه ضمان ما أخذ إلاَّ أن يوصله إلى الأصناف المذكورة فى القرآن، فإذا أوصلها إليهم فقد تأدت الزكاة إلى أهلها، وصح من هذا أن كل حد أقاموه فهو مظلمة لا يعتد به، وتعاد الحدود ثانية ولا بد، وتؤخذ الدية من مال من قتلوه وأن يفسخ كل حكم حكموه(٦).

خامساً: حكم الاستعانة بأهل البغى على غيرهم، أو الاستعانة عليهم بغيرهم :

جاء فى [المحلى]: هل يستعان على أهل البغى

---

(١) سورة الأنعام، الآية : ١٩ .

(٢) أخرجه أبو داود - كتاب: الديات - باب: ولى العمد يرضى بالدية، والترمذى - كتاب: الديات - باب: حكم ولى القتيل فى القصاص والعفو.

(٣) سورة البقرة، الآية : ١٩٤ .

(٤) سورة الطلاق، الآية : ١ .

(٥) أخرجه البخارى - كتاب: البيوع - باب: النجش ومن قال لايجوز ذلك البيع ، ومسلم - كتاب: الأقضية - باب: نقض الأحكام الباطلة ورد محدثات الأمور.

(٦) المحلى : ١١/١١٢، ١١٣ بتصرف .

بأهل الحرب أو بأهل الذمة، أو بأهل بغى آخرين؟ قال أبو محمد: اختلف الناس فى هذا، ثم ذكر قول رسول الله: «إننا لا نستعين بمشرك»[١]. وقال: هذا عموم مانع من أن يُستعان به فى ولاية أو قتال أو شىء من الأشياء إلاّ ما صح الإجماع على جواز الاستعانة به فيه كخدمة الدابة أو الاستئجار أو قضاء الحاجة ..

قال أبو محمد: وهذا عندنا ما دام فى أهل العدل منعة، فإن أشرفوا على الهلكة واضطروا ولم تكن لهم حيلة فلا بأس بأن يلجئوا إلى أهل الحرب وأن يمتنعوا بأهل الذمة ما أيقنوا أنهم فى استنصارهم لا يؤذون مسلمًا ولا ذميًا فى دم أو مال أو حرمة مما لا يحل. فإن علم المسلم - واحدًا كان أو جماعة - أن من استنصر به أهل الحرب أو الذمة يؤذون مسلمًا أو ذميًا فيما لا يحل فحرام عليه أن يستعين بهما - وإن هلك، لكن يصبر لأمر الله، وإن تلفت نفسه وأهله وماله، أو يقاتل حتى يموت شهيدًا كريمًا، فالموت لا بد منه، ولا يتعدى أحد أجله.

وأما الاستعانة عليهم ببغاة أمثالهم فقد منع من ذلك قوم، واحتجوا بقوله تعالى: ﴿وما كنت متخذ المضلين عضدا﴾[٢]، وأجازه آخرون، وبه نأخذ[٣].

سادسًا: حكم الأمان لأهل البغى ومنهم، واشتراكهم فى الغنائم:

جاء فى [المحلى]: إن أمان أهل البغى بأيديهم، فمتى تركوا القتال حرمت دماؤهم وكانوا إخواننا، وما داموا مقاتلين باغين فلا يحل لمسلم إعطاؤهم الأمان على ذلك، فالأمان والإجارة ههنا هدر ولغو، وإنما الأمان والإجارة للكافر الذى يحل للإمام قتله إذا أسروه واستبقاؤه لا فى مسلم إن ترك بغيه كان هو ممن يعطى الأمان ويجير، ولو أن أحدًا من أهل البغى أجار كافرًا جازت إيجارته كإيجاره غيره ولافرق.

ولو أن أهل البغى دخلوا غزاة إلى دار الحرب فوافقوا أهل العدل فقاتلوا معهم فغنموا فالغنيمة بينهم على السواء؛ لأنهم كلهم مسلمون. ومن قتل من أهل البغى قتيلاً فله سلبه؛ لأنه من جملة المخاطبين بذلك الحكم. ولو تُرك أهل الحرب من الكفار وأهل المحاربة من المسلمين على قوم من أهل البغى ففرض على جميع أهل الإسلام وعلى الإمام عون أهل البغى وإنقاذهم من أهل الكفر؛ لأن أهل البغى مسلمون ...

ولو أن أهل العدل وأهل البغى توارعوا وتعاطوا الرهان فهذا لا يجوز إلا من ضعف أهل العدل على المقاتلة[٤].

سابعًا: حكم إنظار أهل البغى:

جاء فى [المحلى]: ولو أن أهل البغى سألوه النظرة حتى ينظروا فى أمورهم، فإن لم يكن ذلك مكيدة فعلى الإمام أن ينظرهم مدة فى مثلها النظر فقط، وهذا مقدار الدعاء وبيان الحجة فقط، وأما مازاد على ذلك فلا يجوز[٥].

(١) أخرجه أبو داود فى سننه كتاب: الجهاد، باب: فى المشترك يسهم له، وابن ماجه كتاب: الجهاد، باب: الاستعانة .
(٢) سورة الكهف، الآية : ٥١ .
(٣) المحلى : ١١ / ١١٣ .
(٤) السابق : ١١/ ١١٧.
(٥) السابق : ١١/ ١١٦.

ثامناً : ما يُصنع بالقتلى من أهل البغى وأهل العدل :

وأما من قتله أهل البغى من أهل العدل فقال قوم: إنه شهيد فلا يُغسل ولا يصلى عليه لكن يدفن كما هو، وقال آخرون: بل يغسل ويكفن ويصلى عليه، وبهذا نأخذ، وليس كل شهيد يدفن دون غسل ولا صلاة، وقد صح أن المبطون شهيد والمطعون شهيد، والغريق شهيد ... وكل هؤلاء لاخلاف فى أنهم يغسلون ويكفنون ويصلى عليهم، والأصل فى كل مسلم أن يُغسل ويُكفن ويُصلى عليه إلاّ من خصه نص أو إجماع، ولا نص ولا إجماع إلاّ فيمن قتله الكفار فى المعترك ومات فى مصرعه، فهؤلاء هم الذين أمر رسول الله أن يزملوا بدمائهم فى ثيابهم ويدفنوا كما هم دون غسل ولا تكفين، ولا يجب فرضًا عليهم صلاة فيبقى سائر الشهداء والموتى على حكم الإسلام فى الغسل والتكفين والصلاة(١).

مذهب الزيدية:

أولاً : حكم قتالهم وضوابطه:

جاء فى [التاج المذهب]: أن حكم البغاة فى المقاتلة لهم أن يصنع فى مقاتلتهم جميع ما يصنع فى قتال الكفار إلاّ فى ثلاثة أحكام، **الحكم الأول:** أنهم لا يسبون، لا ذكورهم ولا إناثهم ولاصبيانهم بإجماع المسلمين. **الحكم الثانى:** لا يقتل جريحهم إذا قدر عليه المؤمنون ووجدوه قد جرح جرحًا لا يمكن معه القتال، ولايجوز أن يقتل مدبرهم إذا انهزموا وظفر بهم المجاهدون مدبرين، فإنه لا يجوز لهم قتلهم فى حال إدبارهم، فإن فعلوا أثموا، ولا شىء عليهم إلاّ أن يكون المنهزم أو الجريح منهم ذا فئة يلتجأ إليها ردءًا أو منعة تمنعه، فإنه يجوز قتله حينئذٍ، أو لخشية العود على الإمام وعسكره ولو بعد زمان طويل، فإنه يجوز قتل الجريح منهم والمدبر كما يجوز ذلك لكل مبغى عليه فى الحال أو المآل، وإن كان فى غير زمن الإمام، **والحكم الثالث:** أنه لا يجوز أن يغنم شيئًا من أموالهم إلاّ الإمام، وكذا أميره بقتالهم فيجوز لهما أن يغنما ما أجلبوا به من مال وآلة حرب، ولو كانت مستعارة للحرب، أو علم المعير أنه لذلك فإنه يجوز أخذه ويملكه الغانمون.

ويجب عليهم إخراج الخمس ولايضمن المستعير؛ لأن هذا أمر غالب(٢).

ثانيًا: حكم تضمينهم بالنسبة للذى قبضوه أو أخذوه :

جاء فى [التاج المذهب]: لكن يجوز للإمام ووليه فقط تضمينهم ما قبضوه من الحقوق من زكاة ونحوها من أيدى عمال الإمام بعد قبضهم لها من أرباب العمال برضاهم؛ وأما ما أخذوه بغير رضاهم فهو باقٍ على ملكهم، ويجب على الإمام رده إليهم إن كانوا معروفين، إلاّ أن يعلم الإمام أن عليهم شيئًا من الواجبات أخذ مثله على وجه التضمين لهم، وما زاد رده ما لم يكن جزية، فلا يرد الزائد؛ لأنه فى مقابل الأمان، فإن كان الذى أخذ عليه الواجبات بغير رضاه غير معروف كان حكمها حكم المظالم، فإن كان الظالم قد صرفها فى مستحقها فقد أجزأ؛ لأن ولاية الصرف إليه، وإلاّ فللإمام أخذها منه تضميناً وصرفها.

(١) المحلى : ١١/١١٧.

(٢) التاج المذهب : ٤/٤٤٤ - ٤٤٦.

وكذا يجوز للإمام ووليه تضمين أعوانهم - أى الظلمة - حتى يستوفى الحقوق التى عليهم مما أمره إليه؛ لأنهم مثلهم فى الإنصاف بالظلم، وذلك فيما قبضوه من أيدى عمال الإمام، أو من يد أربابه بغير رضاهم وكانوا معروفين.

واعلم أن الإمام - وإن جاز له تضمين الظلمة - فإنه لايجوز له أن ينقض له - أى لأجل التضمين - ما وضعوه من أموالهم فى قربة كصلة الرحم وطعام الجائع ولو منهم ... لم يجز للإمام استرجاعه ونقض الهبة والوقف ونحوهما، ولو كان ذلك مستغرقًا لوصف فى قضاء المظالم؛ لأنه قد خرج من ملكهم وملكه الذى صار إليه ملكاً مستقرًا.

أو منع الظلمة شيئًا من أملاكهم فى مباح كالهدايا والهبة للأغنياء، فليس للإمام نقضه مطلقًا، أى سواء كان باقيًا فى أيدى من صار إليهم أم قد أتلفوه، أو وضعوا شيئًا من أملاكهم فى أمر محظور نحو أن يعطوا بغيًا أو مغنية أجرتها أو رشوة على شهادة زور، فإن الإمام لا يضمّنه القابض إذا أراد تضمينهم وقد تلف ذلك الشىء فى يد من صار إليه؛ لأنه أتلفه برضاء مالكه فهو كالمبيح له.

وأما إذا كان باقيًا فى يد قابضه فإن للإمام استرجاعه إذا كان المحظور مشروطًا؛ لأن القابض لم يملك، وأما إذا لم يكن مشروطًا فإن القابض يملكه وعليه التصدق به، وللإمام أن يأخذه من يده إلى بيت المال كهدايا الأمراء.

ولا يجوز للمسلم بغير أمر الإمام أخذ ما ظفر به من مال الله معهم لنفسه ولو كان مستحقاً لذلك الحق الذى أخذه من زكاة أو فطرة أو خمس أو يأخذه ليصرف ذلك فى مستحقه من الفقراء أو المصالح، بل ولاية ذلك إلى الإمام أو وليه(١).

ثالثًا: حكم الصلح:

جاء فى [التاج المذهب]: واعلم أنه يجوز للإمام أو نائبه بإذنه أو مفوضًا عقد الصلح مع البغاة لمصلحة؛ كضعف المسلمين فى تلك الحال أو لانتظار حال يضعف فيها العدو، أو لطلب تسكين قوم ليفرغ لجهاد آخرين جهادهم أهم وأقدم.

ولا بد أن يكون الصلح لمدة معلومة قدرُها على رأى الإمام، ولا يجوز أن يكون مؤبدًا(٢).

رابعاً : حكم نكث البغاة للعهد :

وأما البغاة إذا نكثوا فما يجوز تملك رهائنهم المالية على جهة العقوبة والتضمين، وأما النفوس فلا يمتلك، بل يجوز حبسها لاغير. ويجب على الإمام أن يرد على البغاة ما أخذه السارق من أموالهم أيام المهادنة ولايقطع يده إذا سبيه فى غير بلد الولاية، فإن لم يرد لتمرد الآخذ أخافه الإمام حتى يرد ذلك ولا شىء من بيت المال إذا لم يرد، فإن أعسر السارق فحكمه كسائر الديون(٣).

حكم ما ينتقض به عهد البغاة:

جاء فى [التاج المذهب]: ومتى انقضى عاد عليهم حكمهم قبل العهد، ولاخلاف فى أنه ينقض عهدهم المؤبد والمؤقت بالنكث للعهد بقول أو فعل من جميعهم أو من بعضهم، ولو واحدًا، أو رضى الباقون به وسكتوا عن الناكثين ...

(١) التاج المذهب : ٤/٤٤٦، ٤٤٧.
(٢) المرجع السابق : ٤/ ٤٤٩.
(٣) المرجع السابق: ٤/٤٥٠.

فإذا كان النقض للعهد من بعضهم فهو لجميعهم إن لم يباينهم الباقون قولاً وفعلاً حيث هم يقدرون على المباينة وإلاّ لم ينتقض عهدهم. وأما إذا كره الباقون النكث وباينوا الناكث ولو واحداً لم يكن نقضاً لعهد المستمسك منهم، والمباينة إما بقتال الناكث معنا، أو بإظهار البراءة منه والعزم على القيام عليه مع المسلمين. وإذا أنكروا فعل ما يوجب النقض فالقول قولهم(١).

خامساً: حكم حمل الرءوس إلى الأئمة والأمراء:

جاء فى [التاج المذهب]: أنه يكره حمل الرءوس من قتلى المحاربين البغاة إلى الأئمة والأمراء، والكراهة هنا للتنزيه، وهى تزول بتقدير المصلحة من إرهاب العدو، أو من بقلبه مرض من أصحاب الإمام.

وتحرم المثلى بالقتلى، وكل حيوان حتى الجرادة، ومعنى المثلى: إيقاع القتل على غير الوجه المعروف من ضرب العنق فى الآدميين والذبح والنحر فى البهائم أو زيادة قبل القتل فى البهائم، ومطلقاً فى الآدميين من جدع أنف أو قطع يد، أو رجل، أو سمل عين، أو ضرب مبرح مقضٍ إلى كسر عظم أو سيلان دم، ونحو ذلك(٢).

سادساً: حكم الاستعانة بالكافر على الباغى:

جاء فى [البحر الزخار]: ولايستعان بكافر على باغٍ لئلا يتشفوا بقتل المسلمين، ولابمن يرى قتلهم مدبرين ومقبلين، وإذا استعان الباغى بالذمى دون إكراه ولاجهل بالتحريم انتقض عهده؛ إذ الذمة مشروطة بأن لا يضروا المسلمين. وإذا تقاتل أهل البغاة لم تجز إعانة إحدى الطائفتين إن قدر عليهما، ولا أعان أقربهما إلى الحق، فإذا قهر لم يقاتل من انضم إليه حتى يعزله؛ إذ معاونته كالأمان، وإذا أعان المعاهد الباغى كان نقضاً للعهد(٣).

سابعاً: حكم الميراث :

جاء فى [البحر الزخار]: ولايبطل الميراث بالبغى اتفاقاً؛ إذ ليس بكفر، وإذا قتل المحق أخاه الباغى لم يسقط ميراثه(٤).

ثامناً : حكم التغسيل والصلاة على أهل البغى، وأهل العدل:

جاء فى [البحر الزخار]: ولايغسل قتيل أهل البغى لفسقه، ولا مَنْ قتلوه لشهادته(٥).

وجاء فى [شرح الأزهار] : إنه يحرم الغسل للكافر والفاسق، وحكى فى الشفاء عن الأخوين أن غسل الفاسق مباح، وقال المنصور بالله: الأولى : غسله تشريفاً للملة(٦).

مذهب الإمامية:

أولاً : حكم قتالهم :

جاء فى [كتاب الخلاف] : أنه إذا أدلى أهل البغى إلى غير فئة أو ألقوا السلاح أو قعدوا أو رجعوا إلى الطاعة حُرم قتالهم بلا خلاف، وإن

---

(١) التاج المذهب : ٤/١٥٥، ١٥٦.
(٢) المرجع السابق : ٤ / ٤٥١ .
(٣) البحر الزخار: ٥ / ٤١١.
(٤) المرجع السابق : ٤١٩/٥.
(٥) المرجع السابق : ٤١٨/٥، ٤١٩.
(٦) شرح الأزهار: ٤٠٤/١، ٤٠٥.

ولوا منهزمين إلى فئة لهم جاز أن يتبعوا ويقتلوا؛ لقول الله تعالى: ﴿فقاتلوا التى تبغى حتى تفىء إلى أمر الله﴾[١] وهؤلاء ما فاءوا إلى أمر الله، ولاينافى ذلك ما روى أن عليًا عليه السلام يوم الجمل نادى أن لايتبع مدبرهم؛ لأن أهل الجمل لم يكن لهم فئة يرجعون إليها، وعلى ما قلناه إجماع الفرقة، وأخبارهم واردة به.

وإذا وقع أسير من أهل البغى من المقاتلة كان للإمام حبسه ولم يكن له قتله لإجماع الفرقة، وأيضًا ما روى عبد الله بن مسعود قال: قال لى رسول الله يا ابن أم عبد ما حكم من بغى من أمتى؟ قال: قلت الله ورسوله أعلم، فقال ﷺ: «لايتبع مدبرهم، ولا يجهز على جريحهم، ولا يقتل أسيرهم، ولايُقسَم فيْؤهم»[٢] وهذا نص.

وإذا أسر من أهل البغى من ليس من أهل القتال مثل النساء والصبيان والشيوخ الهرمى لا يحبسون؛ لأن الأصل براءة الذمة، وإيجاب الحبس عليهم يحتاج إلى دليل.

وإذا قاتل قوم من أهل الذمة مع أهل البغى أهلَ العدل خرجوا بذلك من الذمة على كل حال؛ لأن من شرط صحة عقد الذمة أن لايقاتلوا المسلمين، فمتى قاتلوهم نقضوا شرط صحة العقد فخرجوا بذلك عن الذمة. ويجوز للإمام أن يستعين بأهل الذمة على قتال أهل البغى[٣].

ثانيا: حكم أموالهم :

جاء فى [شرائع الإسلام] : أنه لايجوز تملك شىء من أموالهم التى لم يحوها العسكر، سواء كانت مما ينقل كالثياب والآلات، أو لا ينقل كالعقارات؛ لتحقق الإسلام المقتضى لحقن الدم والمال، وهل يؤخذ ما حواه العسكر مما ينقل ويحول، قيل: لا؛ لما ذكرناه من العلة، وقيل: نعم عملاً بسيرة علىّ عليه السلام، وهو الأظهر[٤].

وجاء فى [كتاب الخلاف]: أن ما يحويه عسكر البغاة يجوز أخذه والانتفاع به ويكون غنيمة يقسم فى المقاتلة، وما لم يحوه العسكر لايتعرض له، وذلك لإجماع الفرقة وأخبارهم، وأيضًا قول الله تبارك وتعالى : ﴿فقاتلوا التى تبغى حتى تفىء إلى أمر الله﴾[٥]، فأمر بقتالهم ولم يفرق بين أن يقاتلوا بسلاحهم وعلى دوابهم أو بغير ذلك[٦].

ثالثًا: الضمان فيما يقع من الباغى، وما يقع عليه:

جاء فى [كتاب الخلاف] : أنه إذا أتلف الباغى على العادل نفسًا أو مالاً والحرب قائمة كان عليه الضمان فى المال، والقود فى النفس؛ لقول الله تبارك وتعالى: ﴿ولكم فى القصاص حياة يا أولى الألباب﴾[٧][٨].

رابعاً: حكم مَنْ تولى منهم القضاء:

جاء فى [كتاب الخلاف]: أنه إذا نصّب أهل البغى قاضيًا يقضى بينهم أو بين غيرهم لم ينفذ حكمه، سواء كان القاضى من أهل العدل أو من

(١) الحجرات : ٩ .
(٢) سبق تخريجه .
(٣) الخلاف : ٢/٤٢٨.

(٤) شرائع الإسلام : ٤٢٦/٣.
(٥) سورة الحجرات ، الآية : ٩.
(٦) الخلاف : ٢/ ٤٣١.
(٧) السابق : ٤٢/٢ .
(٨) سورة البقرة ، الآية : ١٧٩.

أهل البغى، وسواء كان حكمه وافق الحق أو خالفه؛ وذلك لإجماع الفرقة على أن القاضى لايجوز أن يوليه غير الإمام ، وهذا لم يوله الإمام.

وإذا كتب قاضى أهل البغى إلى قاضى أهل العدل كتابًا بحكم حكم به أو بما ثبت عنده لم يعمل عليه ولا التفت إليه؛ لأنا قد بينا أن قضاءه غير ثابت(١).

خامساً: ميراث أهل البغى:

جاء فى [كتاب الخلاف] : أن القاتل عمداً لا يرث إلاّ إذا كان مطيعًا بقتله، وإن كان خطأ يرث من التركة دون الدية، والدليل إجماع الفرقة وأخبارهم، وأيضًا قول الله تعالى : ﴿ **للرجال نصيب مما ترك الوالدان والأقربون وللنساء نصيب مما ترك الوالدان والأقربون** ﴾(٢)، والآية على عمومها. ثم قال : إنه إذا امتنع أهل البغى بدارهم وأتوا مايوجب الحد فمتى ظهر عليهم أقيم ذلك عليهم؛ لقول الله تعالى: ﴿ **الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة** ﴾(٣)(٤).

سادساً: ما يُفعل بالقتلى:

جاء فى [كتاب الخلاف] : أن الباغى إذا قُتِلَ غُسل وصلى عليه، والدليل عموم كل خبر روى فى وجوب الصلاة على الأموات، وطريقة الاحتياط أيضاً تقتضيه، وإذا كان المقتول فى المعركة من أهل لا يغسل ويصلى عليه، وذلك لإجماع الفرقة على أن الشهيد لا يغسل ويصلى عليه، وهذا شهيد عندنا(٥).

(١) الخلاف : ٢/٤٢٩، ٤٣٠.
(٢) سورة النساء ، الآية : ٧ .
(٣) سورة النور، الآية : ٦ .
(٤) الخلاف : ٢ / ٤٣٠، ٤٣١.
(٥) المرجع السابق : ٢ / ٤٣٠ .

مذهب الإباضية :

أولاً : حكم قتال البغاة :

جاء فى [شرح النيل]: أنه يدفع قاصد ببغى ويحال بينه وبين مراده، وإن مات بدفع فدمه مهدور، ولا يقاتل بعد انهزام أو كف بغى، ولو بقى فى مكانه لم يهرب ولم يتب إلاّ إن ثبت فى موضع حجر عليهم حتى يتوبوا؛ لأن الحجر للبغى، فإذا تابوا لم يقع عليهم الحجر، وذلك فى بغاة أهل التوحيد، قال رسول الله ﷺ، **يا عبد الله بن عمر اتدرى كيف حكم الله فيمن بغى من هذه الأمة؟** قال: الله ورسوله أعلم. قال : **لا يجهز على جريحها ولا يقتل أسيرها ولا يطلب هاربها ولا يقسم فيئها**(٦). وذلك فى القتال، ولا قيد فى الحديث بأن لم يكن لهم مأوى. وجوز القتال ما خيف شره ولو انهزم أو كف، وذلك الشر بأن يفرق بين المسلمين بالرشوة أو بالكلام أو بكذب ينهزمون به أو يكفون به، أو نحو ذلك.

وجوِّز قتال ما خيف شوكته بأن يقاتل إذا استراح أو وجد غرة أو يتدبر كيف يظفر أو ما خيف أنه له مادة، أى: قوم ينصرونه، أو نصرة بلا مادة مثل أن يخاف المسلمون عدوًا آخر ليس من ذلك العدو ولا معينًا له.

ثم قال : ولا يقتل قاصد بالبغى سلبًا أو سرقًا، أو مغل محرم كزنى وقبلة ولمس وثبوت؛ لنظر حيث لايحل له الثبوت أو النظر أو كل ذلك، وقد هدر ﷺ دم الناظر من خلل الباب، فكيف الناظر لشهوة بعد كفه عن البعض الذى قصد به

(٦) الحاكم فى المستدرك - كتاب: قتال أهل البغى: ٢/١٦٨، ٢٦٦٢.

بعض ما ذكر أو كله أو منعه نفسه دون بغيه أو دون مابغى ليأخذه إلاّ إن قاتل ابتداءً، أو أخذ ذلك وهرب به وقاتل فى هروبه من تبعه لرد ذلك، أو أقام فى موضعه يقاتل أخذه أو لم يأخذ(١).

ثانيًا: حكم أموالهم وما أتلفوه من نفس أو مالٍ من ضمانٍ أو غيره:

قالوا: ولا تسبى للباغى ذرية، ولايُباح له مال غير دمه، وقد جوز أن يستعان بخيل البغاة وكراعهم وسلاحهم لمحاربتهم، ولا يضمن ما تلف من ذلك فى حربهم، وما تلف بعدها فقيل: يضمنه، وقيل: لا. وهو المختار؛ إذ هو كالأمانة وعليهم حفظ مابقى فى أيديهم بعد الحرب لأربابه أو لورثتهم إن ماتوا. وقيل: يستودع فى بيت المال، وقيل: تنفق قيمته بعد بيعه.

ويثبت البغى فى نفسٍ أو مالٍ أو فرج إنسانٍ أو دابةٍ، وفى كل فاحشةٍ كزنا فى غير فرج ونظر وقبلة ولمس وإن مع رجال أو نساء، ولزم الباغى ضمان المال والدم إلا إن كان متدينًا فلا يلزم عند أصحابنا. قال أصحابنا: ما تلف بين أهل البغى والعدل من نفسٍ أو مالٍ فلا ضمان على كل واحد من الفريقين، وكذلك يكون البغى فى النفس بما يقتل به كضرب بسلاح وهو ما يكون به فوت المضروب، ولو عصا بها حديد فى الموضع الذى يضرب به منها، ولا سيما السيف والرمح وبما يتوهم منه قتل ويثبت به جرح.

ثم قال: وإن بغت فئتان فاقتتلا، فإن قدر الإمام على قهرهما قهرهما، فإن خاف أن تجتمعا عليه ضم نفسه إلى أقربهما إلى الحق، وإن استوتا اجتهد فى ضمٍّ إحداهما إلى نفسه لقوتها أو غير ذلك، ولايقصد بذلك إعانتها على الأخرى، بل يقصد بها الاستعانة على الأخرى، فإذا انهزمت الأخرى فلا يقاتل التى ضَمَّ حتى يدعوها إلى الطاعة؛ لأنها معه بالإمانة.

وفى الأثر : يجب على الإمام أن يتقدم على جنده ويعرفهم ما يجوز لهم وما يحل لهم وينهاهم فمن ركب بعد النهى ضمن فى ماله، وينبغى إذا أراد أن يرسل سرية أو جيشًا أن يشاور العلماء والذين يخافون الله تعالى، فإذا عزم على ذلك أمّر عليهم أميرًا مرضيًا وكتب عليهم عهدًا يعرفهم فيه ما يأتون وما يتقون، ويشرط عليهم أن لا يتعدوا أمره وما عمى عليهم فليكاتبوه ثم جناية الجانى على نفسه لا على الإمام، وإن لم يفعل ذلك لجهلٍ أو نسيانٍ ففى بيت المال.

وإذا أرسل الإمام سارية أو جيشًا فنهبوا الأموال وأحرقوا المنازل وسفكوا الدماء ولم يأمرهم بذلك فإنه يأخذ بذلك من أحدثه وأظهر بغى محدثه والإنكار عليه وعاقبه، وإن اتفق الجند كلهم أو قوم منهم فعملوا فى ذلك أو أعانوا فعلى من عمل أو أعان - وإن أمر الأمير بذلك - أو أظهر لهم الرضا به، وهو يعلم أن ذلك خطأ فعملوا ضمن هو ومن عمل من مالهم، وإن كان يرى أن ذلك حلال ضمن من بيت المال، قلت: بل من بيته؛ لأنه مما يدرك بالعلم، والوالى فى ذلك كالإمام(٢).

---

(١) شرح النيل : ٧/٤٣٣ ومابعدها .

(٢) المرجع السابق : ٧/٤٣٩، ٤٤٠ .

أهل الحل والعقد

التعريف بهم:

الحِلّ : مصدر حلَّ المكان وبه يَحُل ويَحِل إذا نزل به، ويقال: حلَّ العُقْدة إذا نقضها فانحلت، ويقال : عقد العهد إذا أحكمه وشده بعَقْد، والعقد : الضمان والعهد(١).

وقد اختلف العلماء في التعريف بأهل الحل والعقد فذهبت طائفة إلى أن المراد بهم: المجتهدون، وممن ذهب إلى هذا أبو منصور البغدادي(٢). وذهب سعد الدين التفتازاني إلى أنهم العلماء والرؤساء ووجوه الناس، وذهب القاضي أبو يعلى الحنبلي إلى أنهم من توفرت فيهم الشروط الثلاثة الآتية: العدالة والعلم الذي يتوصل به إلى معرفة من يستحق الإمامة (الخلافة) والرأي والتدبير المؤديان إلى اختيار الأصلح للإمامة، وليس لمن كان منهم في بلد مزية على غيره ممن هو في بلد آخر.

وقال القاضي الماوردي: إن أهل الحل والعقد هم من توفرت فيهم الشروط الآتية: **الأول:** العدالة الجامعة لشروطها، **الثاني:** العلم الذي يتوصل به إلى معرفة من يستحق الإمامة على الشروط المعتبرة فيها، **والثالث:** الرأي والحكمة المؤديان إلى اختيار من هو للإمامة أصلح وبتدبر المصالح أقوم وأعرف، وليس لمن كان في بلد الإمام فضل على غيره من أهل البلاد الأخرى يتقدم به، وإنما يكون من كان حاضراً ببلد الإمام متولياً لعقد الإمامة عرفاً لا شرعاً لسبق علمهم بموته، ولأن من يصلح للخلافة في الأغلب موجود في بلد الإمام(٣).

وذهب النووي في كتابه المنهاج إلى أن المراد بهم العلماء والرؤساء ووجوه الناس الذين يتيسر اجتماعهم، والمفهوم من هذا العرف المراد بهم العناصر البارزة في الأمة الذين يمثلون مصالحها وإليهم تتجه الأنظار في تدبير أمورها ودفع ما قد ينزل بها، وهم الذين يعد رأيهم ممثلاً لرأي الأمة في مجموعها، وذلك بما حازوه من ثقتها والتفافها حولهم، فإن غاية الإمامة وحدة الأمة وانتظام أمرها، ولايكون ذلك إلاَّ عن اختيار ممن يعد اختياره صادراً منها؛ ولذا قال الإمام أحمد حينما سئل عن قوله ﷺ: **أمنْ مات وليس له إمام مات ميتة جاهلية، فقال: أتدري ما الإمام؟ إنه الذي يجمع عليه المسلمون كلهم بقولهم: هذا هو الإمام**(٤).

ولقد قال في بيان ذلك ابن تيمية ألا يصير الرجل إماماً حتى يوافقه أهل الشوكة الذين يحصل بطاعتهم له مقصود الأمة من الإمامة، ولايحصل ذلك إلاَّ بالقدرة والسلطان؛ إذ الإمامة ملك وسلطان، وإلى مثل ذلك أشار الغزالي حين قال : إنما المصحح لعقد الإمامة انصراف قلوب الخلق لطاعة الإمام والانقياد له في أمره ونهيه، ولايكون ذلك إلاَّ عن رضىً عنه، ولا يتم له ذلك إلاَّ إذا كان اختياره برأيهم وموافقتهم(٥).

---

(١) القاموس المحيط مادة (حلل).
(٢) أصول الدين ، ص ٢٧٩ .
(٣) الأحكام السلطانية للماوردي، ص ٣ .
(٤) منهاج السنة : ١٤٢/١ .
(٥) فضائح الباطنية : ١ / ١٧٨ .

أهل الذمــة

ـ التعريف بأهل الذمة :

ـ الأهل فى اللغة :

الأهل لغة: من أهَلَ المكان أهولاً: عمُر بأهله فهو آهل(١).

ـ الذمة فى اللغة :

جاء فى (القاموس المحيط): الذمة: العهد والأمان والضمان، والذمام: الحرمة والحق، وسمى المعاهد ذميًا نسبة إلى الذمة بمعنى العهد(٢).

أهل الذمة اصطلاحاً :

المراد بأهل الذمة فى اصطلاح الفقهاء: هم من دخلوا فى عهد المسلمين وأمانهم(٣).

من له عقد ذمة :

مذهب الحنفية :

جاء فى (بدائع الصنائع): إذا ظهر الإمام على بلاد أهل الحرب فالمستولى عليه لا يخلو من أحد أنواع ثلاثة: المتاع والأراضى والرقاب، أما المتاع فإنه يخمس ويقسم الباقى بين القائمين، ولا خيار للإمام فيه، وأما الأراضى فللإمام فيها خياران: إن شاء خمّسها ويقسم الباقى بين القائمين لما بيّنا، وإن شاء تركها فى يد أهلها بالخراج وجعلهم ذمة إن كانوا من أهل الكتاب، أو من مشركى العجم، ووضع الجزية على رءوسهم، والخراج على أراضيهم، وهذا عندنا، ودليلنا إجماع الصحابة ـ رضى الله تعالى عنهم ـ فإن سيدنا عمر ـ رضى الله تعالى عنه ـ لما فتح سواد العراق ترك الأراضى فى أيديهم وضرب على رءوسهم الجزية، وعلى أراضيهم الخراج بمحضر الصحابة الكرام ـ رضى الله تعالى عنهم ـ ولم ينقل أنه أنكر عليه منكر، فكان ذلك إجماعًا منهم.

وإن شاء استرق الكل فخمّسهم وقسمهم؛ لأن الكل غنيمة حقيقية لحصولها فى أيديهم عنوةً وقهرًا بإيجاف الخيل والركاب، فكان له أن يقسم الكل إلا رجال مشركى العرب والمرتدين فإنهم لا يسترقون عندنا بل يقتلون أو يسلمون، ودليلنا قوله سبحانه وتعالى: ﴿ فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم ﴾(٤) إلى قوله سبحانه وتعالى: ﴿ فإن تابوا وأقاموا الصلاة وآتوا الزكاة فخلوا سبيلهم ﴾(٥)، ولأن ترك القتل بالاسترقاق فى حق أهل الكتاب ومشركى العجم للتوسل إلى الإسلام، ومعنى الوسيلة لا يتحقق فى حق مشركى العرب والمرتدين على ما بينا من قبل، وأما النساء والذرارى منهم فيسترقون كما يسترق نساء مشركى العجم وذراريهم؛ لأن النبى عليه الصلاة والسلام استرق نساء هوازن وذراريهم، وهم من صميم العرب، وكذا الصحابة استرقوا نساء المرتدين من العرب وذراريهم، وإن شاء مَنَّ عليهم وتركهم أحرارًا بالذمة كما فعل سيدنا عمر رضي الله عنه بسواد العراق، إلا مشركى العرب والمرتدين فإنه لا يجوز تركهم بالذمة وعقد الجزية، كما لا يجوز بالاسترقاق لما بيّنا(٦).

(١) المصباح المنير مادة (أهل) وانظر: أهل البغى.
(٢) القاموس المحيط مادة (ذمم).
(٣) حاشية ابن عابدين: ٤/١٣٩ والعدوى على الخرشى: ٢/١٤٣، والمهذب: ٢ / ٢٥٣، وكشاف القناع: ٣ / ١١٦.
(٤) الآية رقم ٥ سورة التوبة.
(٥) الآية رقم ٥ سورة التوبة.
(٦) بدائع الصنائع: ٧ / ١١٨ ـ ١١٩.

وإن دخل الحربى دار الإسلام بأمان ينبغى للإمام أن يتقدم إليه فيضرب له مدة معلومة على حسب ما يقتضيه رأيه ويقول له: إن جاوزت المدة جعلتك من أهل الذمة، فإذا جاوزها صار ذميًا؛ لأنه لما قال له ذلك فلم يخرج من الدار حتى مضت المدة فقد رضى بصيرورته ذميًا، فإذا أقام سنة من يوم قال له الإمام؛ تؤخذ منه الجزية ولا يتركه يرجع إلى وطنه قبل دفع الجزية، وإن خرج بعد تمام السنة ودفع الجزية فلا سبيل عليه، ولو قال له الإمام عن الدخول: ادخل ولا تمكث سنة، فمكث سنة، صار ذميًا ولا يمكّن من الرجوع إلى وطنه لما قلنا، ولو اشترى المستأمن أرضًا خراجية فإذا وضع عليه الخراج صار ذميًا؛ لأن وظيفة الخراج يختص بالمقام فى دار الإسلام، فإذا قبلها فقد رضى بأن يكون من أهل دار الإسلام فيصير ذميًا، ولو باعها قبل أن يجىء خراجها لا يصير ذميًا؛ لأن دليل قبول الذمة وجوب الخراج لا نفس الشراء، فما لم يوضع عليه الخراج لا يصير ذميًا، ولو استأجر أرضًا خراجية فزرعها لم يصر ذميًا؛ لأن الخراج على الآجر دون المستأجر، فلا يدل على التزام الذمة إلا إذا كان خراجها مقاسمة، فإذا أخرجت الأرض وأخذ الإمام الخراج من الخارج وضع عليه الجزية وجعله ذميًا، ولو اشترى المستأمن أرض المقاسمة وأجرها من رجل من المسلمين فأخذ الإمام الخراج من ذلك لا يصير المستأمن ذميًا لما بينّا أن نفس الشراء لا يدل على الالتزام، بل دليل الالتزام هو وجوب الخراج عليه، ولم يجب، ولو اشترى الحربى المستأمن أرض خراج فزرعها فأخرجت زرعًا فأصاب الزرع آفة فلا يصير ذميًا؛ لأنه إذا أصاب الزرع آفة لم يجب الخراج فصار كأنه لم يزرعها فبقى نفس الشراء، وهو لا يصلح دليلاً على قبول الذمة، ولو وجب على المستأمن الخراج فى أقل من سنة منذ يوم ملكها صار ذميًا حين وجوب الخراج، ويؤخذ منه خراج رأسه بعد سنة مستقبلة؛ لأنه بوجوب الخراج صار ذميًا.

ولو تزوجت الحربية المستأمنة فى دار الإسلام ذميًا صارت ذمية، ولوتزوج الحربى المستأمن فى دار الإسلام ذمية لم يصر ذميًا، ووجه الفرق: أن المرأة تابعة لزوجها، فإذا تزوجت بذمى فقد رضيت بالمقام فى دارنا فصارت ذمية تبعًا لزوجها، أما الزوج فليس بتابع للمرأة فلا يكون تزوجه إياها دليل الرضا بالمقام فى دارنا فلا يصير ذميًا[1].

مذهب المالكية :

لا يصح عقد الذمة إلا من الإمام، أو من يأذن له الإمام بذلك، فإن وقع من مسلم ابتداءً بغير إذن الإمام لم يصح، لكن إن وقع يمنع القتل والأسر، ويرد إلى مأمنه حتى يعقدها معه الإمام أو نائبه[2].

مذهب الشافعية :

قال الشافعية: لا يصح عقد الذمة إلا من الإمام، أو ممن فوّض إليه الإمام؛ لأنه من المصالح العظام، فكان إلى الإمام، ومن طلب إليه عقد الذمة ـ وهو ممن يجوز إقراره على الكفر

---

(١) بدائع الصنائع: ٧ / ١١١.

(٢) شرح الخرشى على خليل: ٣ / ١٤٣، المطبعة الأميرية.

بالجزية وجب عقدها له؛ لقوله تعالى: ﴿قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم ولا يحرمون ما حرم الله ورسوله ولا يدينون دين الحق﴾، ثم قال: ﴿حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون﴾[1] فدل على أنهم إذا أعطوا الجزية وجب الكف عنهم، وروى بريدة رضي الله عنه أن النبى ﷺ كان إذا بعث أميرًا على جيش قال: «إذا لقيت عدداً من المشركين فادعهم إلى الدخول فى الإسلام، فإن أجابوك فاقبل منهم وكف عنهم وإن ابوا فادعهم إلى إعطاء الجزية، فإن فعلوا فاقبل منهم وكف عنهم[2] [3]».

وقالوا : تُعقد الذمة بأن يقول الإمام أو نائبه للذكور: أقركم بدار الإسلام على أن تبذلوا جزية وتنقادوا لحكم الإسلام، والأفضل أن يقول: أقررتكم؛ لأن الأول يحتمل الوعد، غير أنه يكتفى به وإن لم يقصد به الحال مع الاستقبال؛ لأن المضارع عند التجرد من القرائن يكون للحال، وبأنه يأتى للإنشاء كـ «أشهدُ»، وقد اقتضت شدة النظر فى هذا الباب لحقن الدماء عدم النظر لاحتمال الوعد، ولا يُشترط عند قوله: أقركم أو أقررتكم بدار الإسلام أن يستثن منها الحجاز، فلا يُشترط التنصيص على إخراجه حال العقد اكتفاء باستثنائه شرعًا، وإن جهله العاقدان فيما يظهر، على أن ذكر دار الإسلام لا يشترط، فقد نقرهم بالذمة فى دار الحرب، كما تصح بقوله: أذنت فى إقامتكم بها أو نحوه، وأما النساء فيكفى فيهن الانقياد لحكم الإسلام لانتفاء الجزية عنهن[4].

والأصح اشتراطُ ذِكْرِ قَدْرِ الجزية فى العقد، والقول الثانى: لا يُشترط ذكرها ويُنزل المُطلَق على الأقل، ولا يشترط ذكر كف لسانهم عن الله تعالى ورسوله ﷺ ودينه بسوء؛ لدخوله فى الانقياد لحكم الإسلام[5].

«لا يصح عقد الجزية معلقًا ولا مؤقتًا على المذهب؛ لأنه بدل عن الإسلام فى العصمة، وهو لا يؤقت، فلا يكفى: أقركم ما شاء الله، وأما قول رسول الله ﷺ: «أقركم ما أقركم الله»[6]؛ فلأنه كان يعلم ما عند الله بالوحى. وكذلك لا يكفى قوله: أقررتكم ما شئتُ أو شاء فلان، بخلاف قوله: أقررتكم ما شئتم؛ للزومها من جهتنا وجوازها من جهتهم[7].

ويُشترط القبول من كل منهم؛ لما أوجبه العاقد، ولو بنحو قوله: رضيت، وبإشارة أخرس مفهمة، وبكناية بينة ومنها الكتابة، ويشترط هنا أيضًا سائر ما يُشترط فى البيع من نحو اتصال القبول بالإيجاب والتوافق فيهما فيما يظهر[8].

مذهب الحنابلـة :

قالوا: لا يصح عقد الذمة إلا من الإمام أو نائبه؛ لأن ذلك يتعلق بنظر الإمام، وما يراه من المصلحة، ولأنه عقد مؤبد فلا يجوز أن يُفتات به على الإمام، ويحرم عقد الذمة من غير الإمام ونائبه، ويجب عقدها إذا اجتمعت شروطها ما لم يخف غائلة منهم؛ أى غدرًا بتمكينهم من الإقامة بدار الإسلام، فلا يجوز عقدها لما فيه من الضرر علينا[9].

---

(١) الآية ٢٩ من سورة التوبة.
(٢) ورد بنحوه فى صحيح مسلم، كتاب: الجهاد والسير، باب/ تأمير الإمام الأمراء على البعوث ووصيته إياهم.
(٣) المهذب: ٢ / ٢٥٣.
(٤) الرملى: ٨ / ٨٠ ـ ٨١.
(٥) الرملى: ٨ / ٨١.
(٦) صحيح البخارى، كتاب الجزية، باب/ الموادعة من غير وقت.
(٧) الرملى : ٨/ ٨٦.
(٨) السابق: الصفحة نفسها.
(٩) كشاف القناع: ٣ / ١١٦. طبعة الرياض.

وصفة عقدها أن يقول الإمام أو نائبه لهم: أقررتكم بجزية واستسلام؛ أى انقياد والتزام لأحكام الإسلام، أو يبذلون ذلك ويطلبونه فيقول الإمام أو نائبه لهم: أقررتكم على ذلك، ونحو هاتين الصيغتين، كقوله: عاهدتكم على أن تقيموا بدارنا بجزية والتزام حكمنا.

ولا يعتبر ذكر قدر الجزية فى العقد[1].

وإذا عقد الإمام الذمة كتب أسماءهم وأسماء آبائهم، وصفاتهم اللازمة التى يتميز بها كل واحد منهم عن غيره، وكُتب دينهم فيقول: يهودى أو نصرانى أو مجوسى، وجعل لكل طائفة عريفًا ـ وهو القيم بأمور القبيلة أو الجماعة ـ لحديث: «العَرافة حق»[2]، ويكون العريف مسلمًا ليقبل خبره، ويجمعهم عند أداء الجزية وكشف حال من بلغ أو استغنى أو أسلم أو سافر ونحوه، أو أفاق من مجانينهم ليتعرف أمر الجزية، أو نقض العهد أو خرق شىء من أحكام الذمة ليترتب عليه مقتضاه[3].

مذهب الظاهرية :

جاء فى (المحلى): ولا يجوز أخذ زكاة ولا تعشير مما يتّجر به تجار المسلمين، ولا من كافرٍ أصلاً ـ متّجر فى بلاده أو فى غير بلاده ـ إلاّ أن يكونوا صولحوا على ذلك مع الجزية فى أصل عقدهم، فتؤخذ حينئذٍ منهم وإلاّ فلا. أما المسلمون فقد ذكرنا أنه لا زكاة عليهم فى العروض، وأما الكفار فإنما أوجب الله عليهم الجزية فقط، فإن كان ذلك صلحًا مع الجزية فهو حق وعهد صحيح، وإلاّ فلا يحل أخذ شىء من أموالهم بعد صحة عقد الذمة بالجزية والصغار ما لم ينقضوا العهد[4].

ويفهم من هذا النص أن الذمة تكون بعقد من الإمامة؛ لأنه الذى يتولى إبرام العقد ويشرف على جمع المال.

مذهب الزيدية :

جاء فى (البحر الزخار): وإنما تصح الذمة بشروط، الأول: كونها من الإمام أو واليه، إن كانت عامة لمصر أو قطر فلا تجوز للآحاد؛ إذ لو جوزناه لآحاد الرعية لتعطل أمر الجهاد. ولآحاد الولاة عقد ذمة على طرف متعلق بهم دون الأمصار والأقاليم[5].

مذهب الإمامية :

قال الشيعة الإمامية: إنّ تقدير الجزية إلى الإمام، ويتخير بين وضعها على رءوسهم، أو أراضيهم، أو عليهما[6].

الإباضية :

قالوا: الحكم فى دار ظهر فيها شرك وغلب، قيل: أحكامه من سبى وغنم وبراءة ودعوة وجزية وترك أحكام التوحيد لا يسلك فيها إلا بإمام ظاهر أو نائبه أو مأذونه، وقيل: ما جاز للإمام العدل جاز لمن قادته ديانته، وإن مخالف

(1) كشاف القناع: ٣ / ١١٦ ـ ١١٧.
(2) سنن أبي داود، كتاب الخراج، باب: فى العرافة.
(3) كشاف القناع: ٣ / ١٢٥ ـ ١٢٦.

(4) المحلى: ٤ / ٢٣٥.
(5) البحر الزخار: ٦ / ٤٤٨.
(6) الروضة البهية: ١ / ٢١٩.

ولسلاطينه وإن لم تقدهم ديانتهم، ولموافق ممن قادته ديانته، ولسلطان لم تقده ديانته كذلك[١].

وقالوا: يأخذ الجزية من أهلها الإمام العدل أو نائبه أو ما دونه، وجوزت لمن قادته ديانته مطلقًا، ولمانع عنهم أيضًا، وإن غير سلطان[٢].

من يصبح عقد الذمة معهم :

مذهب الحنفية :

توضع على كتابىّ، ويدخل فى اليهود: السامرة؛ لأنهم يدينون بشريعة موسى عليه الصلاة والسلام، وفى النصارى: الفرنج والأرمن، وأما الصائبة ففى الخانية، تؤخذ منهم عنده خلافًا لهما، ومجوسىّ، ولو عربيًا لوضعه عليه الصلاة والسلام على مجوسىّ هجر[٣]، ووثنىّ عجمىّ لجواز استرقاقه فجاز ضرب الجزية عليه، لا على وثنى عربى؛ لأن المعجزة فى حقه أظهر فلم يعذر، ولا من مرتد، فلا يقبل منهما إلا الإسلام أو السيف.

ولا تعقد الذمة كذلك لمرتد، وهذا أيضًا من شرائط الركن، فإنه لا يقبل من المرتد أيضًا إلا الإسلام، أو السيف لقوله تعالى: ﴿ **تقاتلونهم أو يسلمون** ﴾[٤]، قيل: إن هذه الآية نزلت فى أهل الردة من بنى حنيفة، ولأن العقد فى حق المرتد لا يقع وسيلة إلى الإسلام؛ لأن الظاهر أنه لا ينتقل عن دين الإسلام بعد ما عرف محاسنه وشرائعه المحمودة فى العقول إلا لسوء اختياره وشؤم طبعه فيقع اليأس عن فلاحه، فلا يكون عقد الذمة وقبول الجزية فى حقه وسيلة إلى الإسلام.

وأما الصابئون فيعقد لهم عقد الذمة، وهم عند أبى حنيفة قوم من أهل الكتاب يقرءون الزبور، وعند محمد وأبى يوسف قوم يعبدون الكواكب فكانوا فى حكم عبدة الأوثان فتؤخذ الجزية منهم إذا كانوا من العجم.

ولا جزية على امرأة ولا صبى ولا زمن ولا أعمى ولا فقير غير محتمل، ولا على رهبان لا يخالطون الناس[٥].

مذهب المالكية :

تعقد الذمة لكافر صَحَّ سباؤه أى لكل كافر؛ لأن النكرة فى سياق الإثبات قد تعم أى عمومًا شموليًا، وإن كان قليلاً. ولا يعترض على ذلك بكلام ابن رشد وابن الجهم من أنها لا تُؤخذ من كفار قريش إجماعًا، فإنه طريقة لهما، فإنما أتى المؤلف (خليل) بقوله: «لكافر» توطئة لما بعده، وإلا فالمسلم لا يتوهم أن عليه جزية حتى يحترز منه، وخرج بقوله: «صح سباؤه» المعاهد قبل انقضاء مدة عهده، والمرتدُ فإنه لا يقر على ردته؛ إذ كل منهما لا يصح سباؤه.

ويشترط فيمن يعقد له عقد الجزية أن يكون المأخوذ منه مكلفًا حرًا قادرًا مخالطًا لأهل دينه، فلا تؤخذ من مجنون، ولا من صبيٍ، ولا من عبد ولا ممن فيه شائبة حرية، ولا من غير قادر على شيء منها، ولا مِّن رهبان الأديرة، ولا ممن أعتقه مسلم ببلد الإسلام[٦].

---

(١) شرح النيل: ١٠ / ٤٠٢.
(٢) السابق: ١٧ / ٥٧٠.
(٣) صحيح البخارى، كتاب الجزية، باب/ الجزية والموادعة مع أهل الحرب.
(٤) الآية رقم (١٦) سورة الفتح.
(٥) بدائع الصنائع: ٧ / ١١١.
(٦) الخرشى: ٣ / ١٤٤. ط. الأميرية.

مذهب الشافعية :

قالوا: لا تعقد الذمة إلا لليهود والنصارى وصائبة وسامرة لم تعلم مخالفتهم لهم فى أصل دينهم سواء فى ذلك العرب والعجم؛ لأنهم أهل كتاب، وتعقد للمجوس لأخذه لها ﷺ من مجوسى هجر، وقال: «سنوا بهم سنة أهل الكتاب»[1]، ولأن لهم شبهة كتاب وأولاد من تهود، أو تنصر قبل النسخ أو معه ولو بعد التبديل، وإن لم يجتنبوا المبدل، تغليبًا لحقن الدم، وبه فارق عدم حل نكاحهم وذبيحتهم على أن الأصل فى الأبضاع والميقات التحريم، بخلاف ولد من تهود بعد بعثة عيسى عليه الصلاة والسلام بناء على أنها ناسخة، أو من تهود أو تنصر بعد نبينا ﷺ، واكتفى فى ذلك بالبعثة، وإن كان النسخ قد يتأخر عنها ـ لكون البعثة مظنة النسخ سببه. وقضية كلامهم أن المقر دخول كلٍّ من أبويه بعد النسخ لا أحدهما وهو الأوجه، خلافًا للبلقينى، بدليل عقدها لمن أحد أبويه وثنىٌّ، وتعقد لو شككنا فى وقت التهود أو التنصر، أكان قبل النسخ أم بعده تغليبًا لحقن الدماء أيضًا، ولو شهد عدلان بكذبهم فإن شرط فى العقد قتالهم إن بان كذبهم كان لنا أن نقتلهم، وإلا إذا لم يشرط ذلك فى العقد فوجهان: أوجههما أنه كذلك يجوز لنا قتالهم لتلبيسهم علينا، وإطلاقه اليهود والنصارى فى هذا، وتقييده أولادهم؛ لأن اليهود والنصارى الأصليين الذين لا انتقال لهم هم الأصل، ثم لما ذكر الانتقال عبّر فيه بالأولاد، ومراده بالأولاد الفروع وإن سفلوا؛ لأن الغالب أن الانتقال إنما يكون عند طروّ البعثة، وذلك قد انقطع فلم يبق إلا أولاد المنتقلين فذكرهم ثانيًا[2].

(١) موطأ مالك، كتاب الزكاة، باب: جزية أهل الكتاب والمجوس.
(٢) الرملى: ٨ / ٨٢ ـ ٨٣.

وتعقد الذمة كذلك لزاعم التمسك بصحف إبراهيم وزبور داود صلى الله عليهما وعلى نبينا وسلم؛ لأنها تسمى كتبًا، فاندرجت فى قوله تعالى: ﴿من الذين أوتوا الكتاب﴾[3]،[4].

وتعقد لمن أحد أبويه كتابى ولو الأم ـ اختار الدين الكتابى، أو لم يختر شيئًا ـ والآخر وثنى، على المذهب فى المسألتين تغليبًا لذلك أيضًا[5].

ويقبل قولهم فى كذبهم ممن يعقد لهم الجزية؛ إذ لا يعلم ذلك غالبًا إلا منهم، والأوجه استحباب تحليفهم[6].

ولا تعقد لغير المذكورين، كعابد شمس، أو ملك أو وثنى، وأصحاب الطبائع والمعطلين والفلاسفة والدهريين وغيرهم.

مذهب الحنابلة :

قالوا: لا يجوز عقد الذمة إلا لأهل الكتابين: التوراة والإنجيل؛ وهم اليهود والنصارى، ولمن وافقهما فى التدين بالتوراة والإنجيل، كالسامرة وهم قبيلة من بنى إسرائيل نُسب إليهم السامرىّ، وقال البهوتىّ: ويقال لهم فى زمننا: سَمَرة بوزن شَجَرَة، وهم طائفة من اليهود يتشددون فى دينهم، ويخالفونهم فى بعض الفروع، ويجوز عقدها للفرنج وهم الروم، ويقال لهم: بنو الأصفر، والأصل فى ذلك قوله تعالى: ﴿قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله﴾ إلى قوله تعالى: ﴿حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون﴾[7]، كما أن الأصل فيها قول المغيرة بن شعبة رضي الله عنه لعامل

(٣) الآية رقم (٢٩) من سورة التوبة.
(٤) الرملى: ٨ / ٨٣.
(٥) السابق: ٨ / ٨٣ ـ ٨٤.
(٦) السابق: ٨ / ٨٤.
(٧) الآية (٢٩) من سورة التوبة.

كسرى: «أمرنا نبينا ﷺ أن نقاتلكم حتى تعبدوا الله وحده، أو تؤتوا الجزية»[١].

والإجماع على قبولها ممن بذلها من أهل الكتاب ومن يلحق بهم، وإقرارهم بذلك فى دار الإسلام.

وتُعقد الذمة كذلك لمن له شبهة كتاب كالمجوسىّ؛ لأن عمر رضي الله عنه لم يأخذها منهم حتى شهد عنده عبد الرحمن بن عوف أن النبى ﷺ أخذها من مجوسى هجر[٢].

وفى رواية أنه ﷺ قال: «سنوا بهم سنة أهل الكتاب»[٣]. وإنما قيل: لهم شبهة كتاب؛ لأنه روى أنه كان لهم كتاب فرفع فصار لهم بذلك شبهة أوجبت حقن دمائهم وأخذ الجزية منهم، ولكن لا تنهض فى إباحة نسائهم وحل ذبائحهم، وكالصابئين؛ وهم جنس من النصارى نصًا عن الإمام أحمد، وعنه: إنهم يسبتون، وروى عن عمر: فهم بمنزلة اليهود. وقال مجاهد: هم بين اليهود والنصارى، وروى إنهم يقولون: الفلك حى ناطق، وإن الكواكب السبعة آلهة، فهم كعبدة الأوثان[٤].

ولا يجوز عقد الذمة المؤبدة إلا بشرطين: أحدهما: التزام إعطاء الجزية فى كل حول، الثانى: التزام أحكام الإسلام، وهو قبول ما يحكم به عليهم من أداء حق، أو ترك محرم[٥].

مذهب الظاهرية :

لا يُقبل من كافر إلا بالإسلام أو السيف الرجال والنساء فى ذلك سواء، حاشا أهل الكتاب خاصة؛ وهم اليهود والنصارى والمجوس فقط، فإنهم إن أعطوا الجزية أقروا على ذلك مع الصغار، والجزية لازمة للحر منهم والعبد والذكر والأنثى والفقير البات والغنى، والراهب وغير الراهب سواء[٦].

ولا يُقبل من يهودىٌ ولا نصرانىٌ ولا مجوسىٌ جزية إلا بأن يقروا بأن محمداً رسول الله إلينا، وأن لا يطعنوا فيه؛ ولا فى شىء من دين الإسلام[٧].

وقالوا: نهانا الله تعالى أن نكره أهل الكتاب خاصةً على الإسلام[٨].

مذهب الزيدية :

يصلح تأبيد صلح غير العربى والكتابى بالجزية، وحكم المجوسى حكم أهل الكتاب؛ لقوله ﷺ: «سنوا بهم سُنّةَ أهل الكتاب غير آكلى ذبائحهم، ولا ناكحى نسائهم»[٩]. ولا يجوز تأبيد صلح العربى الذى ليس بكتابى؛ لأنه لا يقبل منه الجزية.

ولا يجوز فى الكتابيين إذا ظفر بهم أن يردوا حربيين، بل يقع الخيار للإمام بين قتلهم واسترقاقهم وتقريرهم على دينهم بجزية تؤخذ منهم كل سنة، هذا إذا لم يقبلوا الإسلام، أما إذا قبلوه وجب قبوله، وصار حكمهم حكم من أسلم طوعًا[١٠].

---

(١) صحيح البخارى، كتاب الجزية، باب: الجزية والموادعة مع أهل الحرب.
(٢) سبق تخريجه.
(٣) سبق تخريجه.
(٤) كشاف القناع: ١ / ٧٠٤ ـ ٧٠٥. المطبعة الشرقية.
(٥) السابق: ١ / ٧٣٤ ـ ٧٣٦.

(٦) المحلى: ٧ / ٣٤٥ ـ ٣٤٧.
(٧) السابق: ٧ / ٣١٧.
(٨) السابق: ٧ / ٣٤٥ ـ ٣٤٦.
(٩) سبق تخريجه.
(١٠) شرح الأزهار: ٤ / ٥٦٦.

مذهب الإمامية :

قالوا: تؤخذ الجزية ممن يقر على دينه، وهم اليهود والنصارى، ومن لهم شبهة كتاب؛ وهم المجوس، ولا يقبل من غيرهم إلا الإسلام، والفرق الثلاث إذا التزموا شرائط الذمة أقروا، سواء كانوا عربًا أو عجمًا، ولو ادعى أهل الحرب أنهم منهم وبذلوا الجزية لم يكلفوا البينة وأقروا، ولو ثبت خلافها انتقض العهد، ولا تؤخذ الجزية من الصبيان والمجانين والنساء، واختلف فى الرقيق، وتُحصَّل من الفقير عند يساره، ومن بلغ من صبيانهم يؤمر بالإسلام، أو دفع الجزية، فإن امتنع صار حربيًا(١).

مذهب الإباضية :

قالوا: يأخذ الإمام الجزية من أهلها، أى أهل الكتاب والصابئين، والمجوس مطلقًا، وقيل: المجوس الذين لهم شبهة كتاب(٢).

عصمتهم وحمايتهم :

مذهب الحنفية :

تثبت بعقد الذمة أحكام عصمة النفس؛ لقوله تعالى: ﴿ قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ﴾ إلى قوله عز وجل: ﴿ حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون ﴾(٣)، أى أن الله تعالى أنهى إباحة القتال حتى قبول الجزية، وإذا انتهت الإباحة ثبتت العصمة ضرورة، ومنها عصمة المال؛ لأنها تابعة لعصمة النفس، وعن سيدنا على ﷺ أنه قال: إنما قبلوا عقد الذمة لتكون أموالهم كأموالنا، ودماؤهم كدمائنا، ويُشترط لعصمة ماله أن يكون ماله متقومًا عندنا؛ ولذا لا يجب الضمان بإتلاف الخمر والخنزير على المسلم سواء كان المتلف مسلمًا أو ذميًا لسقوط تقوم الخمر والخنزير فى حق المسلم(٤).

مذهب المالكية :

إن لم يُظهر الذمى الخمر وأراقها مسلم فإنه يضمن لتعديه، ولم يقل: وكُسرت أوانيها؛ لأن أوانيها من جملة مال الذمى، ولا يجوز لأحد إتلافه، ويُمنعون من الزنا، ولايُمنعون من الزواج بالبنات والأمهات إن استحلوه(٥).

وقالوا: إذا تخللت الخمرة المغصوبة ـ حال كونها لذمى غصب منه فربُها الذمي يُخير بين أخذ مثل الخمر أو أخذ الخل. هذا ظاهرة، ولكن الذى به الفتوى أنه يخير فى زخذ الخل أو قيمة الخمر يوم الغصب(٦).

مذهب الشافعية :

لا يجوز عقد الذمة إلا بشرطين: بذل الجزية والتزام أحكام المسلمين فى حقوق الآدميين فى العقود والمعاملات وغرامات المتلفات، فإن عقد على غير هذين الشرطين لم يصح العقد، والدليل عليه قوله عز وجل: ﴿ **قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ولا يحرمون ما حرم الله ورسوله ولا يدينون دين الحق من الذين أوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد وهو صاغرن** ﴾(٧)، والصغار هو أن تجرى عليهم أحكام الإسلام(٨).

وقالوا: يجب الكف عن أنفس أهل الذمة وأموالهم وأعراضهم واختصاصاتهم ودفع أهل

---

(١) شرائع الإسلام : ١ / ١٥٤.
(٢) شرح النيل : ١٠ / ٤٠٦.
(٣) الآية رقم (٢٩) سورة التوبة.
(٤) بدائع الصنائع : ٧ / ١٦٧.
(٥) الخرشى: ٣ / ١٤٨ ـ ١٤٩.
(٦) حاشية الدسوقى: ٢ / ٤٤٧.
(٧) الآية رقم (٢٩) من سورة التوبة.
(٨) المهذب: ٢ / ٢٥٣.

الحـرب عنهم شـرط ذلك فى عـقـد الذمـة أم لم يشـرط حيث كانوا بدارنا، كما يلزمنا الكف عما معهم من نحو خمر وخنزير لخبر أبى داود: «ألا من ظلم معاهداً أو انتقصه أو كلفه فوق طاقته أو أخذ منه شيئًا بغير طيب نفس فأنا حجيجه يوم القيامة»[١] كما يلزمنا ضمان ما يتلفه عليـهم نفـسًـا ومـالاً، وردها فـأخـذه من اختصاصاتهم كالمسلم؛ لأن ذلك هو فائدة الجزية كما أفادتها آيتها.

ويلزمنا كـذلك دفع أهل الحـرب والذمـة والإسلام عنهم حـيث كـانوا بدارنا؛ لأنه يلزمنا الذب عنهم، فإن كانوا بدار الحرب لم يلزمنا ذلك مـا لم يشـرط علينا أو يكونوا بجـوارنا، ويلحق بدارنا دار حـرب فيـهـا مسلم، والقـريب: أن يراد من ذلك أنه لا يمكن الدفع عن المسلم إلا بالدفع عنهم لا دفع الحربيين عنهم بخصوصهم. وقيل: إن انفـردوا ببلد لم يلزمنا الدفع عنهم، والأصح أنه يلزمنا الدفع عنهم مطلقًا مع الإمكان؛ لكونهم فى قبضتنا كأهل الإسلام، أما عند شـرط عدم ذبنا عنهم فيـفسد به العـقـد، إن كـانوا مـعنا أو بمحل لو قـصدوهم مـروا علينا لتضمنه تمكين الكفار منا، وإلا فلا[٢].

مذهب الحنابلـة :

يحرم قتال أهل الذمة وأخذ مالهم بعد إعطاء الجزية؛ لأن الله تعالى جعل إعطاء الجزية غاية لقتالهم، أى حدًا بين جواز قتالهم ومنعه[٣].

وقـالوا: يلزم الإمـام بأخـذ أهل الذمة بأحكام الإسـلام فى ضـمـان النفس، فـمن قـتل أو قـطع طرفًـا أخـذ بموجب ذلك كـالمسلم، لما روى أن يهوديًا قتل جارية عليها أوضاح لها فقتله رسول الله ﷺ[٤] ويؤخذون بأحكام الإسـلام فى ضمان المال، فلو أتلف مالاً لغيره ضمنه، والعرض: فمن قذف إنسانًا أو سبه ونحوه أُقيم عليه ما يقام على المسلم بذلك؛ لأن الإسـلام نقض حكم مـا يخالفه، ويلزمه إقامة الحد عليهم فيما يعتقدون تحـريمه كزنا وسـرقـة؛ لما فى الصحيح عن ابن عـمـر أن النبى ﷺ أتى برجل وامـرأة من اليـهود زنيا فـرجـمـهـمـا[٥]، ولأنه يحرم فى دينهم وقد التزموا حكم الإسلام فثبت فى حقهم كالمسلم، ولا يقيم الحد عليهم فيما يعتقدون حله كشرب الخمـر ونكاح المَحْـرم وأكل لحم الخنزير؛ لأنهم يعتقدون حله؛ ولأنهم يقرون على كفـرهم وهو أعظم جرمًا، إلا أنهم يمنعون من إظهار ذلك بين المسلمين لتأذيهم به، وأمَّـا مـا يرون صحـتـه من العقود ـ ولو رضوا بحكمنا ـ فلا نتعرض لهم فيه ما لم يترافعوا إلينا.

ويلزمهم الانقياد لحكمنا إذا جرى عليهم، ولو اعتقدوا خلافه لنسخ الإسلام سائر الشرائع المتقدمة، والتزامهم أحكامنا بعقد الذمة[٦].

مذهب الزيدية :

- إن الذى يؤخذ من أهل الذمة أنواع:

النوع الأول : الجزية وهى ما تؤخذ من رءوس أهل الذمة بدلاً عن قتلهم (انظر: جزية).

النوع الثانى : نصف عُشر ما يتجرون به من الأموال بشروط أربعة:

(١) سنن أبى داود، كتاب : الخراج والإمارة والفىء، باب/ فى تعشير أهل الذمة.
(٢) الرملى : ٨ / ٩٢ ـ ٩٣.
(٣) كشاف القناع : ١ / ٧٠٨.
(٤) صحيح البخارى، كتاب الديات، باب إذا قتل بحجر أو عصا.
(٥) المستدرك، كتاب: الحدود باب/ فرجمهما فى قبل المسجد.
(٦) كشاف القناع:١ / ٧١١.

١ ـ أن يكون المال نصابًا.

٢ ـ أن يكونوا فى تجارتهم منتقلين بها من جهة إلى جهة.

٣ ـ أن يكون سفرهم فى حماية المسلمين.

٤ ـ أن تكون مسافة سفرهم بالتجارة بريدًا[1] فصاعدًا.

النوع الثالث: ما يؤخذ من بعض أهل الذمة، وهو مال الصلح، ومنه ما يؤخذ من بنى تغلب، وهم قوم من أهل الكتاب ألفوا من الجزية، وهموا بالانتقال إلى دار الحرب فصالحهم عمر بمال وهو أن يكون عليهم فى أموالهم ضعف ما على المسلمين من النصاب.

النوع الرابع: مما يؤخذ حكم أموال أهل الذمة هو: ما يؤخذ من تاجر حربى أمنّاه فدخل بلادنا. قال ﷺ: «والمستأمن فى الاحترام كالذمى»، ولهذا عددنا ما يؤخذ منه فيما يؤخذ من أهل الذمة، وإنما يؤخذ منه شىء إن أخذوا من تجارنا، وحسبما يأخذون من تجارنا، ويسقط النوع الأول بالموت والفوت، وتسقط هذه الأربعة كلها بالإسلام[2].

مذهب الإمامية :

قالوا: إن شرائط الذمة ستة هى :

١ـ قبول الجزية.

٢ ـ وأن لا يفعلوا ما ينافى الأمان مثل العزم على حرب المسلمين، أو بإمداد المشركين ويخرجون عن الذمة بمخالفة هذين الشرطين.

(١) شرح الأزهار : ١ / ٥٦٧.

(٢) السابق : ١ / ٥٧٧.

٣ـ ألا يؤذوا المسلمين كالزنا بنسائهم واللواط بصبيانهم والسرقة لأموالهم وإيواء عين المشركين والتجسس لهم، فإن فعلو شيئًا من ذلك وكان تركه مشترطًا فى الهدنة كان نقضًا، وإن لم يكن مشترطًا كانوا على عهدهم، وفعل بهم ما تقتضيه جنايتهم من حدٍّ أو تعزير، ولو سَبُّوا النبى ﷺ قُتِلَ السابُّ، ولو نالوه بما دونه عُزِّروا، إذا لم يكن شُرِطَ عليهم الكفُّ.

٤ ـ ألا يتظاهر بالمناكير كشرب الخمر والزنا وأكل لحمِ الخنزير ونكاح المحرمات، ولو تظاهروا بذلك نُقض العهد، وقيل: لا يُنقض بل يفعل معهم ما يوجب شرع الإسلام من حد، أو تعزير.

٥ ـ ألا يحدثوا كنيسة، ولا يضربوا ناقوسًا ولا يطلبوا بناءً، ويُعزَّرون لو خالفوا، ولو كان تركه مشترطًا فى العهد انتقض.

٦ ـ أن يجرى عليهم أحكام الإسلام[3].

أنكحتهم وأولادهم :

فى نكاح الذميين فيما بينهم سواء اتحدت الطائفة أو اختلفت، وفيما بينهم وبين المسلمين. (انظر: نكاح الكافر).

أولادهم :

الحنفية :

إنَّ الصبى يُحكم بإسلامه تبعًا لأبويه عَقِلَ أو لم يَعْقِل ما لم يسلم بنفسه إذا عَقِل، ويُحكم بإسلامه تبعًا للدار أيضًا. والجملة فيه أن الصبى يتبع أبويه فى الإسلام والكفر، ولا عبرة بالدار

(٣) شرائع الإسلام: ١/١٥٤، ١٥٥.

مع وجود الأبوين أو أحدهما؛ لأنه لا بد له من دين تجرى عليه أحكامه، والصبى لا يهتم لذلك إما لعدم عقله أو لقصوره؛ فلا بد وأن يُجعل تبعًا لغيره، وجعله تبعًا للأبوين أولى؛ لأنه تولد منهما وإنما الدار منشأ، وعند انعدام الأبوين فى الدار التى فيها الصبى تنتقل التبعية إلى الدار: لأن الدار تستتبع الصبى فى الإسلام فى الجملة كاللقيط، فإذا أسلم أحد الأبوين يتبعُ المسلمَ؛ لأنهما استويا فى جهة التبعية وهى التولد والتفرع فيرجح المسلم بالإسلام؛ لأنه يعلو ولا يُعلَى عليه، ولو كان أحدهما كتابيًا والآخر مجوسيًا فالولد كتابى؛ لأن الكتابى أقرب إلى أحكام الإسلام فكان الإسلام منه أرجى.

وإذا خرج الصبى إلى دار الإسلام ومعه أبواه، أو أحدهما فهو على دينهما.

فأما إذا أسلم الصبى وهو يعقل الإسلام فلا تعتبر التبعية ويصح إسلامه؛ لأنه آمن بالله سبحانه وتعالى عن غيب، فيصح إيمانه كالبالغ وقد وُجد ذلك منه لوجود دليله وهو إقرار العاقل وخصوصًا عن طوع فترتب عليه أحكامه.

وللإيمان حكمان: أحدهما يرجع إلى الآخرة، وهو كينونة المؤمن من أهل الجنة، والآخر يرجع إلى الدنيا وهو عصمة النفس والمال، إلا أن عصمة النفس تثبت مقصودة، وعصمة المال تثبت تابعة لعصمة النفس(١).

وقالوا: فى حالة اللقيط فى الإسلام والكفر إن وجده مسلم فى مصر من أمصار المسلمين أو فى قرية من قراهم يكون مسلمًا، وإن وجده ذمى فى بيعة أو كنيسة أو فى قرية ليس فيها مسلم يكون ذميًا تحكيمًا للظاهر، كما إذا وجده مسلم فى بيعة أو كنيسة أو فى قرية من قرى أهل الذمة يكون ذميًا. ولو وجده ذمى فى مصر من أمصار المسلمين، أو فى قرية من قراهم يكون مسلمًا، كذا ذكر فى كتاب اللقيط من الأصل، واعتُبر المكان. وروى ابن سماعة عن محمد: أنه اعتبر حال الواجد من كونه مسلمًا أو ذميًا، وفى كتاب الدعوى اعتبر الإسلام إلى أيهما نسب، إلى الواجد أو إلى المكان، والصحيح رواية هذا الكتاب؛ لأن الموجود فى مكان هو فى أيدى أهل الإسلام وتصرفهم فى أيديهم، واللقيط الذى هو فى يد المسلم وتصرفه يكون مسلمًا ظاهرًا. والموجود فى المكان الذى هو فى أيدى أهل الذمة وتصرفهم فى أيديهم، واللقيط الذى هو فى يد الذمى وتصرفهم فى أيديهم، واللقيط الذى هو فى يد الذمى وتصرفه يكون ذميًا ظاهرًا، فكان اعتبار المكان أولى(٢).

ولو ادعى نسبَ اللقيط ذمىٌّ، تصح دعوته حتى يثبت نسبه منه، لكنه يكون مسلمًا؛ لأنه ادعى شيئين يتصور انفصال أحدهما عن الآخر فى الجملة؛ وهو نسب الولد وكونه كافرًا، ويمكن تصديقه فى أحدهما لكونه نفعًا للقيط ـ وهو كونه ابنًا له ـ ولا يمكن تصديقه فى الآخر لكونه كافرًا، فيصدق فيما فيه منفعة، فيثبت نسب الولد منه، ولا يصدق فيما يضره فلا يحكم بكفره، وليس من ضرورة كون الولد منه أن يكون كافرًا، الا ترى أنه يحكم بإسلامه بإسلام أمه

(١) بدائع الصنائع: ٧ / ١٠٤ ـ ١٠٥.

(٢) السابق: ٦ / ١٩٨.

وإن كان الأب كافراً؟ هذا إذا أقر الذمى أنه ابنه، ولا بينة له. فإن أقام البينة على ذلك ثبت نسب الولد منه ويكون على دينه بخلاف الإقرار. ووجه الفرق بين الإقرار وبين الشهادة أنه متهم فى إقراره بما يتضمنه إقراره، وهو كون الولد على دينه ولا تهمة فى الشهادة لما مر.. ولو ادعاه رجلان أنه ابنهما ولا بينة لهما فإن كان أحدهما مسلمًا والآخر ذميًا فالمسلم أولى؛ لأنه أنفع للقيط[1].

مذهب المالكية:

جاء فى [المدونة]: «قلت: أرأيت المرأة من أهل الذمة يأسرها العدو فتلد عندهم أولاداً، ثم يغنمها المسلمون أيكون أولادها فيئاً أم لا يكون فيئاً؟

قال ابن القاسم: أرى أولادها بمنزلتها لا يكونون فيئًا، وإنما هى بمنزلة الحرة المسلمة تسبى فتلد الأولاد، فإن أولادها بمنزلتها»[2].

وجاء فى موضع آخر: «قلت: أرأيت الغلام إذا كان أبواه من أهل الذمة أحدهما مجوسى والآخر نصرانى، أتؤكل ذبيحته وصيده أم لا؟ قال: قال مالك: الولد تبع للأب فى الحرية، فأرى أن الولد إذا كان نصرانياً أن تؤكل ذبيحته، ولا يؤكل صيده إلا أن يكون تمجس وتركه على ذلك فلا تؤكل ذبيحته[3].

مذهب الشافعية:

إذا نشأ أبناءُ أهلِ الذمةِ فبلغوا الحُلُم أو استكملوا خمس عشرة سنة فلم يُقِروا بما أقرَّ به آباؤهم قيل: إن أديتم الجزية وإلا حاربناكم. فإن عرضوا أقل الجزية وقد أعطى آباؤهم أكثر منها لم يكن لنا أن نقاتلهم إذا أعطوا أقل الجزية، ولا يحْرُم علينا أن يُعطونا أكثر مما يعطينا آباؤهم، ولا يكون صلحُ الآباءِ صلحًا على الأبناء إلا ما كانوا صغارًا لا جزية عليهم، أو نساء لا جزية عليهن، أو معتوهين لا جزية عليهم، فأما من لم يجز لنا إقراره فى بلاد الإسلام إلا على أخذ الجِزية منه فلا يكون صلح أبيه ولا غيره صلحًا عنه إلا برضاه بعد البلوغ[4].

إن وُجد اللقيط فى بلد من بلاد المسلمين وفيه مسلم فهو مسلم؛ لأنه اجتمع له حكم الدار وإسلام من فيها، وإن كان فى بلد الكفار لا مسلم فيها فهو كافر؛ لأنه الظاهر أنه وُلِدَ بين كافرين، وإن كان فيه مسلم ففيه وجهان: أحدهما أنه كافر تغليبًا لإسلام المسلم الذى فيه، وإن التقطه حر مسلم أمين مقيم موسر أُخِّر فى يده.. وإن التقطه كافرٌ نُظِر فإن كان اللقيط محكومًا بإسلامه لم يُقر فى يده؛ لأن الكفالة ولايةٌ، ولا ولايةَ للكافر على المسلم، ولأنه لا يُؤمَن أن يفتنه عن دينه، وإن كان محكومًا بكفره أُقِر فى يده؛ لأنه على دينه[5].

مذهب الحنابلة:

إن وُجد اللقيط فى دار الإسلام فى بلد كُلُّ أهلِها أهلُ ذمةٍ فكافرٌ؛ لأن تغليب حكم الإسلام إنما يكون مع الاحتمال، وهذه لا مسلمَ فيها يحتملُ كونه منه، وقال القاضى وابن عقيل: مسلم؛ لأن الدار للمسلمين، ولاحتمال كونه من مسلم يكتم إيمانه، وإن كان فى بلد الإسلام الذى

---

(١) بدائع الصنائع: ٦ / ١٩٩.
(٢) المدونة: ١/٥٠٧.
(٣) السابق: ١/٥٣٦.
(٤) الأم: ٤ / ٢٠٢.
(٥) المهذب: ١ / ٤٣٥.

كلُّ أهلِه ذمةُ مسلم ولو واحداً، فاللقيط مسلم إن أمكن كون اللقيط من المسلم بها تغليبًا للإسلام ولظاهر الدار، وإن لم يبلغ من قلنا بكفره تبعًا للدار حتى صارت دار إسلام فمسلم(١).

مذهب الظاهرية:

جاء فى [المحلى]: «واللقيط حرٌّ، ولا ولاء عليه لأحد؛ لأن الناس كلهم أولاد آدم وزوجه حواء، وهما حران، وأولاد الحرة أحرار بلا خلاف من أحد، فكل أحد فهو حر إلاّ أن يُوجب نص قرآن أو سنة، ولا نص فيهما يوجب إرقاق اللقيط؛ وإذ لارق عليه فلا ولاء لأحد عليه، لأنه لا ولاء إلاّ بعد صحة رقٍ على المرء، أو على أب له قريب أو بعيد يرجع إليه بنسب»(٢)

مذهب الزيدية:

جاء فى [التاج المذهب]: «وإذا مات الأبوان الذميان وخلَّفا أولاداً صغاراً بدارنا حكم بإسلامهم لموت أبويهما؛ لأن كل مولود يولد على فطرة الإسلام، وإنما أبواه يهودانه أو ينصرانه، ومع موتهما يحكم بإسلامهم فى دارنا»(٣)

مذهب الإمامية:

قالوا فى الملتقِط: هل يراعى فيه الإسلام؟ قيل: نعم؛ لأنه لا سبيل للكفر على الملتقط المحكوم بإسلامه ظاهرًا، أو لأنه لا يؤمن مخادعته عن الدين(٤).

والملقوط فى دار الإسلام يُحكم بإسلامه ولو ملكها أهل الكفر إذا كان فيها مسلم نظرًا إلى الاحتمال - وإن بعد - تغليبًا لحكم الإسلام، وإن لم يكن فيها مسلم فهو رق، وكذا إن وُجد فى دار الشرك ولا مستوطن هناك من المسلمين(٥).

وإذا اختلف كافر ومسلم أو حر وعبد فى دعوى بنوته قال الشيخ: يرجح المسلم على الكافر، والحر على العبد، وفيه تردد(٦).

مذهب الإباضية:

جاء فى [شرح النيل]: «ولقيط الإنسان كابنه فى الحكم عند بعض، وكذا ولد مُعتقِه إن مات معتقه»(٧)

وجاء فى موضع آخر: «وإذا استغنى ولد الذمية عنها فلأبيه الموحد قطعاً، ومالك الولد أولى من أبيه، وحكم ﷺ بالولد لأمه مالم تتزوج»(٨)

معاملاتهم المالية

مذهب الحنفية:

إسلام البائع ليس بشرط لانعقاد البيع، ولا لنفاذه، ولا لصحته بالإجماع، فيجوز بيع الكافر وشراؤه. وقالوا بجواز شراء الكافر للمصحف والرقيق المسلم لعموم البيع من غير فصل بين بيع العبد المسلم من المسلم وبيعه من الكافر فهو على العموم إلا حيث ما خُصَّ بدليل؛ ولأن الثابت للكافر بالشراء ليس إلا الملك فى المسلم والكافر من أهل أن يثبت له الملك على المسلم، ألا ترى أن الكافرَ يرثُ العبدَ المسلمَ من أبيه؟..

---

(١) كشاف القناع: ٢ / ٤٣٢.
(٢) المحلى: ١٣٢/٧.
(٣) التاج المذهب: ٤٦١/٤.
(٤) شرائع الإسلام: ٢ / ١٧٣.
(٥) السابق: ٢ / ١٧٤.
(٦) شرائع الإسلام: ٢ / ١٧٥.
(٧) شرح النيل: ٩/ ٥٣٠.
(٨) السابق: ٤١٥/٧.

وإسلام المتبايعين ليس بشرط لجريان الربا، فيجرى الربا بين أهل الذمة، وبين المسلم والذمى؛ لأن حرمة الربا ثابتة فى حقهم؛ لأن الكفار مخاطبون بشرائع هى حرمات إن لم يكونوا مخاطبين بشرائع هى عبادات عندنا، قال الله تعالى: ﴿وأخذهم الربا وقد نهوا عنه وأكلهم أموال الناس بالباطل﴾(١)، وروى أن رسول الله ﷺ كتب إلى مجوس هجر: «إما أن تذروا الربا أو تأذنوا بحرب من الله ورسوله»(٢)، وهذا فى نهاية الوعيد، فيدل على نهاية الحرمة(٣).

وما جاز من بيوع المسلمين جاز من بيوع أهل الذمة، وما يبطل أو يفسد من بيوع المسلمين يبطل أو يفسد من بيوعهم إلا الخمر والخنزير(٤).

وإذا دخل الذمى دار الحرب فباع حربيًا درهمًا بدرهمين أو غير ذلك من البيوع الفاسدة فى الإسلام، فهو على الخلاف الذى بين أبى يوسف، وبين أبى حنيفة ومحمد، فعندهما من شرائط جريان الربا أن يكون البدلان معصومين، فإن كان أحدهما غير معصوم لا يتحقق الربا، وعند أبى يوسف هذا ليس بشرط ويتحقق الربا. ووجه قول أبى يوسف: أن حرمة الربا كما هى ثابتة فى حق المسلمين فهى ثابتة فى حق الكفار؛ لأنهم مخاطبون بالحرمات فى الصحيح من الأقوال فاشتراطه فى البيع يوجب فساده. ولهما: أن مال الحربى ليس بمعصوم، بل هو مباح فى نفسه، إلا أن المسلم المستأمن منع من تملكه من غير رضاه لما فيه من الغدر والخيانة، فإذا بذله باختياره ورضاه فقد زال هذا المعنى، فكان الأخذ استيلاء على مال مباح غير مملوك، وهو مشروع ومفيد للملك(٥).

ولا ينعقد بيع الخنزير من المسلم؛ لأنه ليس بمال فى حق المسلمين، وأما أهل الذمة فلا يمنعون من بيع الخمر والخنزير(٦)، أما على قول بعض مشايخنا فلأنه مباح الانتفاع به شرعًا لهم، كالخل وكالشاة لنا، فكان مالاً فى حقهم، فيجوز بيعه، وروى عن سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه كتب إلى عُشّاره بالشام أن ولوهم بيعها وخذوا العشر من أثمانها، ولو لم يجز بيع الخمر منهم لما أمرهم بتوليتهم البيع. وعن بعض مشايخنا: حرمة الخمر والخنزير ثابتة على العموم فى حق المسلم والكافر؛ لأن الكفار مخاطبون بشرائع هى حرمات، وهو الصحيح من مذهب أصحابنا، فكانت الحرمة ثابتة فى حقهم، لكنهم لا يُمنعون عن بيعها؛ لأنهم لا يعتقدون حرمتها ويتمولونها ونحن أُمرنا بتركهم وما يدينون.

وتجوز الإجارة والاستئجار من المسلم والذمى والحربى المستأمن؛ لأن هذا من عقود المعاوضات، فيملكه المسلم والكافر جميعًا كالبياعات، غير أن الذمى إن استأجر دارًا من مسلم فى المصر فأراد أن يتخذها مصلى للعامة ويضرب فيها الناقوس، له ذلك، ولرب الدار وعامة المسلمين أن يمنعوه من ذلك على طرق الحسبة لما فيه من إحداث شعائر لهم، وفيه

---

(١) الآية رقم ١٦١ سورة البقرة.

(٢) ورد بلفظ قريب فى مسند أبى يعلى باب: الذين يأكلون الربا لا يقومون إلا كما يقوم الذى يتخبطه الشيطان من المس.

(٣) بدائع الصنائع: ٥ / ١٩٣.

(٤) السابق: ٥ / ١٩٢.

(٥) السابق: ٥ / ١٩٢.

(٦) عند من يقول بحلها منهم.

تهاون بالمسلمين واستخفاف بهم، كما يمنع من إحداث ذلك فى دار نفسه فى أمصار المسلمين، ولو كانت الدار بالسواد ذُكر فى الأصل أنه لا يمنع من ذلك وكلهن، قيل: إن أبا حنيفة إنما أجاز ذلك فى زمانه؛ لأن أكثر أهل السواد كانوا أهل الذمة من المجوس، فكان ذلك لا يؤدى إلى الإهانة والاستخفاف، أما اليوم كما قال الكاسانى - فالحمد لله عز وجل فقد صار السواد كالمصر، فصار الحكم فيه كالحكم فى المصر، وهذا إذا لم يشرط ذلك فى العقد، أما إذا شرط بأن استأجر ذمىّ داراً من مسلم فى مصر من أمصار المسلمين ليتخذها مصلًى للعامة لم تجز الإجارة، لأنه استئجار على المعصية، وكذا لو استأجر ذمى من ذمى ليفعل ذلك لما قلنا. ولا بأس باستئجار ظئر[١] كافرة والتى ولدت من فجور؛ لأن الكفر والفجور لا يؤثران فى اللبن؛ لأن لبنهما لا يضر بالصبى[٢].

وتصح المضاربة بين المسلم والذمى والحربى المستأمن، حتى لو دخل حربى دار الإسلام بأمان فدفع ماله إلى مسلم مضاربة، أو دفع إليه مسلم ماله مضاربة فهو جائز؛ لأن المستأمن فى دارنا بمنزلة الذمى، والمضاربة مع الذمى مضاربة جائزة فكذا مع الحربى المستأمن[٣].

وقالوا: يملك الذمى بالإحياء كما يملك المسلم لعموم الحديث، وهو قوله عليه الصلاة والسلام: «من أحيا أرضًا ميتة فهى له»[٤]، ولو حَجَر الأرض الموات لا يملكها بالإجماع؛ لأن الموات يملك بالإحياء؛ لأن التحجير عبارة عن وضع أحجار أو خط حولها يريد أن يَحْجُر غيره عن الاستيلاء عليها، وشىء من ذلك ليس بإحياء فلا يملكها، ولكن صار أحق بها من غيره حتى لم يكن لغيره أن يزعجه؛ لأنه سبقت يده إليه، والسبق من أسباب الترجيح[٥].

ولا تقبل شهادة الكافر على المسلم؛ لأن الشهادة فيها معنى الولاية، وهو تنفيذ القول على الغير، ولا ولاية للكافر فلا شهادة له عليه. وتقبل شهادة المسلم على الكافر؛ لأنه من أهل أن يثبت له الولاية على المسلم فعلى الكافر أولى، وأما إذا كان المشهود عليه كافرًا فإسلام الشاهد هل هو شرط لقبول شهادته عليه؟ فقد اختلف فيه، قال أصحابنا رضى الله عنهم: ليس بشرط حتى تُقبل شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض، سواء اتفقت مللهم أو اختلفت بعد أن كانوا عدولاً فى دينهم؛ لقول النبى ﷺ: «إذا قبلوا عقد الذمة فأعلمهم أن لهم ما للمسلمين، وعليهم ما على المسلمين»، وللمسلم على المسلم شهادة، فكذا للذمى على الذمى، فظاهره يقتضى أن يكون للذمى على المسلم شهادة كالمسلم على المسلم، إلا أن ذلك صار مخصوصًا من عموم النص بقوله تعالى: ﴿ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً﴾[٦]، ولأن الحاجة مست إلى صيانة حقوق أهل الذمة، ولا تحصل الصيانة إلا أن يكون لبعضهم على بعض شهادة، ولا شك أن الحاجة

(١) الظئر: هى المرضعة.
(٢) بدائع الصنائع: ٤ / ١٧٦.
(٣) السابق: ٦ / ٨١.
(٤) موطأ مالك، كتاب: الأقضية، باب القضاء فى عمارة الموات.
(٥) بدائع الصنائع: ٦ / ١٩٥.
(٦) سورة النساء الآية: ١٤١.

إلى صيانة حقوقهم ماسة؛ لأنهم إنما قبلوا عقد الذمة لتكون دماؤهم كدمائنا، وأموالهم كأموالنا.

وتثبت الشفعة لأهل الذمة فيما بينهم، وللذمي على المسلم؛ لأن هذا حق التملك على المشتري بمنزلة الشراء منه، والكافر والمسلم في ذلك سواء؛ لأنه من الأمور الدنيوية، وروي عن شريح أنه قضى بالشفعة لذمي على مسلم، فكتب إلى سيدنا عمر رضي الله عنه فأجازه وكان ذلك بمحضر من الصحابة الكرام رضي الله تعالى عنهم؛ فيكون ذلك إجماعًا. ولو اشترى ذمي من ذمي دارًا بخمر أو خنزير ذمي، أو مسلم وجبت الشفعة عند أصحابنا رحمهم الله؛ لأنه مال متقوم في حق أهل الذمة بمنزلة الخل والشاة لنا، ثم إذا وجبت الشفعة فإن كان الشفيع ذميًا أخذ الدار بمثل الخمر وبقيمة الخنزير؛ لأن الخمر عندهم من ذوات الأمثال كالخل، والخنزير ليس من ذوات الأمثال، بل من ذوات القيم كالشاة، وإن كان مسلمًا أخذها بقيمة الخمر والخنزير؛ لأن الأخذ تملك، والمسلم ليس من أهل تملك الخمر والخنزير، ومتى تعذر عليه التملك بالعين تملك بالقيمة[1].

ولا يصح نذر الكافر، حتى لو نذر ثم أسلم لا يلزمه الوفاء به؛ لأن كون المنذور به قربة شرط صحة النذر، وفعل الكافر لا يوصف بكونه قربة[2].

قال ابن عابدين: في قوله: «لا يصح» وقف المسلم أو ذمي على بيعة: أما في المسلم فلعدم كونه قربة في ذاته، وأما في الذمي فلعدم كونه قربة عندنا وعنده. ولكن هذا إذا لم يجعل آخره للفقراء؛ لما في الفتح: لو وقف أي الذمي - على بيعة مثلاً فإذا خربت يكون للفقراء، كان للفقراء ابتداءً، ولو لم يجعل آخره للفقراء كان ميراثًا، نص عليه الخصاف في وقفه ولم يحك فيه خلافًا، ومثله في الإسعاف، ويظهر منه أن في عبارة البحر سقطًا حيث قال: ولو وقف على بيعة، فإذا خربت كان للفقراء، ولم يصح وكان ميراثًا؛ لأنه ليس بقربة عندنا. قال ابن عابدين: ينبغي أن يصح وقفًا على الفقراء مطلقًا على قول أبي يوسف المفتى به، وهو عدم اشتراط التصريح بالتأبيد إلا أن يُجاب بأن التقييد بالبيعة ينافي التأبيد. وقال في قوله: «أو حربي»: لأنا قد نهينا عن برهم.. وقال في قوله: «قيل أو مجوسي»: أشار إلى أن الصحيح صحة الوقف عليه ابتداءً، كما اختاره في القينة. وفي الإسعاف: لو وقف نصراني مثلاً على مساكين أهل الذمة جاز صرفها لمساكين اليهود والمجوس لكونهم من أهل الذمة، ولو عيّن مساكين أهل دينه تعينوا، ولو صرفها القيّم إلى غيرهم ضمن وإن كان أهل الذمة ملة واحدة؛ لتعين الوقف بمن يعينه الواقف[3].

مذهب المالكية :

لا يجوز إظهار الخمر والخنزير والناقوس والصليب، ولا شيء على من يريق الخمر، أو يكسر الناقوس والصليب.

(١) بدائع الصنائع: ٥ / ١٦.
(٢) السابق: ٥ / ٨٢.

(٣) حاشية ابن عابدين، ٤ / ٣٤٢، طبعة الحلبي، و ٣ / ٤٩٨ - ٤٩٩، ط مطبعة دار السعادات.

وأما إن لم يظهر الخمر وأراقها مسلم فإنه يضمن لتعديه(١).

ولا يجوز بيع أرض لتتخذ كنيسة أو خمارة، والخشبة لمن يتخذها صليبًا، والعنب لمن يعصره خمرًا، والنحاس لمن يتخذه ناقوسًا. وعن الشاطبي أن بيع الشمع لهم ممنوع إذا كانوا يستعينون به على الإضرار بمسلم، فإن كان لأعيادهم فهو مكروه(٢)، ومُنع - أي حَرُمَ - على المكلف بيع رقيق مسلم ومصحف وكتب حديث لكافر ذمي وغيره. فإن كان المبيع يجبر على الإسلام كالمجوسي لم يجز بيعه، سواء كان على دين مشتريه أم لا، وإن كان لا يُجبر - كالكتابيّ الكبير - جاز بيعه إن كان على دين مشتريه(٣).

وقالوا: يكره للمسلم أن يكرى عبده أو نفسه أو ولده لكافر حيث كان الكافر يستبد بعمل المسلم ولم يكن تحت يده ولم يكتره في فعل محرم. فإن لم يستبد الكافر بعمل المسلم، كخياط يرد عليه المسلم والكافر فيجوز. وإن كان تحت يده كأجير خدمة بيته وظئر، حَرُم وفسخت، وله أجر ما عمل، وكذا إذا استأجره في محرم كعصر خمر ورعي خنزير، ولكن يتصدق بالأجرة عن المسلم أدبًا له(٤).

لا يجوز إجارة دار لتتخذ كنيسة، ويفسخ متى اطلع عليه، وتصدق بالكراء جميعه إن اطلع عليه بعد انقضاء مدة الإجارة للدار، وبما ينوب الزمن الذي فسخت إليه إن اطلع عليه في الأثناء(٥).

ومنع توكيل ذميّ عن مسلم في بيع أو شراء أو تقاض للدين؛ لأنه لا يتحرى في ذلك، ولا يعرف شرط المعقود عليه من ثمن ومثمن.

وأما توكيل الذمي لذمي فإن كان على استخلاص ديْن له على المسلم منع؛ لأنه ربما أغلظ وشقّ عليه بالحث في الطلب، وإن كان على غير ذلك فلا منع. وظاهر منع التوكيل لتقاضي دين كما جاء في المدونة تقاضاه من مسلم أو ذمي، ولكن الحق جواز توكيله على تقاضي الدين من ذمي كما هو مفاد بهرام في كبيره، وظاهر كلام المصنف أنه إنما يمنع توكيل الذمي للمسلم في الأمور الثلاثة التي ذكرها (البيع والشراء وتقاضي الدين) ولا يمنع توكيله له في غيرها كقبول النكاح ودفع الهبة والإبراء في الوقف، وهو كذلك، وينبغي كما قيل: إنه إذا وقع البيع، أو الشراء أو التقاضي الممنوع على وجه الصحة أن يكون ماضيًا(٦).

ولا يشارك المسلم ذميًا على بيع أو شراء إلا بحضرة المسلم. وقالوا: لا بأس أن يساقيه إذا كان الذمي لا يعصر حصته خمرًا. ويُكره لمسلم أن يدفع لذمي قراضًا لعمله بالربا، ولا يأخذ منه قراضًا لئلا يذل نفسه، وإن وقع لم يفسخ(٧).

جاء في (حاشية الدسوقي): يجوز للكافر الإحياء فيما قرب لعمارة البلد بأن كان في حريمها، وأن بإذن الإمام، أما البعيد من البلد بأن كان خارجًا عن حريمها فلا يفتقر إحياؤها للإذن، ولو كان المحيي فيه ذميًا حيث أحيا الذمي

(١) الخرشي: ٣ / ١٤٨ - ١٤٦.
(٢) حاشية الدسوقي: ٣ / ٧.
(٣) السابق: ٣ / ٧.
(٤) السابق: ٤ / ١٨ - ١٩.
(٥) السابق: ٤ / ٢١.
(٦) حاشية الدسوقي: ٣ / ٣٨٦ - ٣٨٧.
(٧) الخرشي: ٦ / ٧٦.

فى البعيد بغير جزيرة العرب مكة والمدينة واليمن وما والاها كما فى الجزية. وقال الباجى: لو قيل حكم الذمى حكم المسلم فى جواز إحياء ما قرب من العمران إن كان بإذن، لم يبعد. والمشهور خلافه: أى أنه لا يجوز للذمى الإحياء فيما قرب من العمارة، ولو بإذن الإمام(١).

ولو كان الشريك ذميًا باع شريكه المسلم شقصه لذمى أو لمسلم، فللذمى الآخر من المشترى الذمى أو المسلم. وخص الذمى؛ لأنه المتوهم؛ لأن المسلم إذا باع نصيبه لذمى كانت المخاصمة بين ذميين فيتوهم أن لا يتعرض لهما. وعلى هذا فما قبل المبالغة خمس صور؛ لأن الشريكين إما مسلمان باع أحدهما لمسلم أو ذمى، وإما ذميان باع أحدهما لمسلم، وإما مسلم وذمى باع لمسلم، أو المسلم لمسلم. وصورة المبالغة سادسة والسابعة قوله: كذميين تحاكموا إلينا، يعنى أنه إذا كان كل من البائع والمشترى والشفيع الذى هو شريك البائع ذميًا، فلا نقضى للشفيع بالشفعة إلا إذا ترافعوا إلينا راضين بحكمنا، بخلاف الصور الست التى قبلها فثابتة، وإن لم يترافعوا إلينا، وفى كلام المصنف مسامحة؛ لأن البائع لا دخل له. ولكن حمله على الجمع الإشارة إلى أنه لا يتوقف الحكم على رضا الشفيع والمشترى إلا إذا كان كل من الثلاثة ذميًا، فإذا كان كل منهم ذميًا توقف الحكم بينهم بالشفعة على رضاهم بحكمنا، وإن كان التحاكم من خصوص المتنازعين، أى المشترى والشفيع(٢).

(١) حاشية الدسوقى: ٤ / ٦٩. بتصرف
(٢) السابق: ٣ / ٤٧٣ ـ ٤٧٤. بتصرف

جاء فى (حاشية الدسوقى): لا تصح شهادة الكافر ولو على مثله، وشرط الإسلام أى حال الأداء لا حال التحمل، فيصح تحملها وهو كافر، وأداؤها وهو مسلم(٣).

وفى موضع آخر، لا تجوز شهادة الكافر على المسلم مطلقًا، سواء كانت بينهما عداوة أم لا؛ لعدم العدالة، أما شهادة المسلم على الكافر فجائزة إلا إذا كانت بينهما عداوة دنيوية(٤).

وجاء فى (حاشية الدسوقى): إن النذر لا يلزم الكافر الوفاء به ولو أسلم، لكن يندب بعد الإسلام(٥).

وجاء فى (حاشية الدسوقى): يبطل الوقف من كافر ـ ولو ذميًا ـ لكمسجد ورباط، ومن كل منفعة عامة دينية. ومن جملتها بناؤه مسجدًا. ولبطلان القربة الدينية من الكافر، رَدَّ مالكٌ دينار نصرانية عليها حين بعثت به إلى الكعبة. وأما القرب الدنيوية كبناء القناطر وتسبيل الماء ونحوهما فيصح(٦).

مذهب الشافعية :

جاء فى [حاشيتى القليوبى وعميرة]: يجوز بيع السلاح للذمى بخلاف الحربى؛ لأن الذمى فى قبضتنا. ويشرط الا يعلم أنه يدسه إلى دارهم وإلا فلا يصح(٧).

(٣) السابق: ٤ / ١٦٥.
(٤) السابق: ٤ / ١٧٢.
(٥) السابق: ٢ / ١٦١.
(٦) حاشية الدسوقى: ٤ / ٧٨ ـ ٧٩.
(٧) القليوبى وعميرة: ٢/١٥٦.

وجاء في موضوع آخر: إذا استأجر الكافر مسلمًا إجارة معينة، فمنهم من قال: فيه قولان؛ لأنه عقد يتضمن حبس المسلم فصار كبيع العبد المسلم منه، ومنهم من قال: يصح قولاً واحدًا؛ لأن عليًا - كرَّم الله وجهه - كان يستقى الماء لامرأة يهودية كل دلو بتمرة[١].

وقالوا: تثبت الشفعة للكافر على المسلم لحديث جابر رضي الله عنه: لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه، فإن باعه ولم يؤذنه فهو أحق به ولم يفرق، ولأنه خيار جعل لدفع الضرر عن المال فاستوى فيه الكافر والمسلم كالرد بالعيب[٢].

وجاء في [المهذب]: إذا فُتحت أرض عنوة وأصيب فيها موات فإن لم يمنع الكافر عنها فهو لمن أحياه كموات دار الإسلام، وإن منعوا عنها كان للغانمين؛ لأنه لم يثبت لهم بالمنع عنها فانتقل ذلك الحق إلى الغانمين. وإن فُتحت صلحًا على أن تكون الأرض لهم لم يجز للمسلمين أن يملكوا فيها مواتًا؛ لأن الدار لهم فلم يملك المسلم فيها بالإحياء[٣].

وجاء في [المهذب]:[٤] لا تُقبل شهادة الكافر؛ لما روى معاذ رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «لا تجوز شهادة أهل دين على أهل دين آخر إلا المسلمين فإنهم عدول على أنفسهم وعلى غيرهم»[٥].

وجاء في [الأم]: إذا شهد الكافر قبل أن يسلم لرجل بشهادة، فليس للقاضي أن يجيزها ولا عليه أن يسمعها، وسماعها منه تكلف. فإذا أسلم الكافر وكان عدلاً فشهد بها قُبلت شهادته[٦].

وجاء في [المهذب]: إن الكافر لا يصح نذره. ومن أصحاب الشافعي من قال: يصح نذره؛ لما روى أن عمر رضي الله عنه قال لرسول الله ﷺ: إني نذرت أن أعتكف ليلة في الجاهلية. فقال له: اوف بنذرك[٧]، والمذهب الأول[٨].

مذهب الحنابلة :

جاء في [كشاف القناع]: لا يصح بيع خمر ولو كان المتبايعان ذميين؛ لحديث جابر: سمعت النبي ﷺ يقول: «إن الله ورسوله حرَّم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام»[٩].

وقالوا: لو تبايع كافران بخمر أو خنزير أو نحوهما وتقابضا قبل إسلامهما أو ترافعهما إلينا لم ينقض البيع، وكذا سائر تصرفاتهم؛ لأن في نقضه تنفيرًا عن الإسلام.

ولا يصح بيع مصحف لكافر؛ لأنه يمنع من استدامة ملكه فمنع منه ابتداء، فإن ملكه الكافر بإرث أو غيره كاستيلاء عليه من مسلم أُلزم بإزالة يده عنه خشية امتهانه، وكذا إجارته ورهنه يحرمان[١٠].

---

(١) القليوبي وعميرة: ٣٩٥/١.
(٢) السابق: ٣٧٨/١.
(٣) السابق: ٢٤١/٢.
(٤) السابق: ٣٢٤/٢.
(٥) التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير - كتاب الشهادات بلفظ «لا تقبل» بدل من «لا تجوز».
وفي مصنف عبد الرزاق: ١٢٩/٦ بلفظ «لا تجوز شهادة أهل ملة على أهل ملة إلا المسلمين».

(٦) الأم : ٤٣/٧.
(٧) أخرجه البخاري في صحيحه : كتاب/ الاعتكاف، باب الاعتكاف، ومسلم كتاب: الأيمان، باب نذر الكافر وما يفعل فيه إذا أسلم.
(٨) المهذب: ٤٢/١.
(٩) أخرجه البخاري كتاب البيوع، باب بيع الميتة، ومسلم كتاب المساقات، باب تحريم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام.
(١٠) كشاف القناع : ١٥٤/٣-١٥٥.

ويصح توكيل المسلم كافرًا فيما يصح تصرف الكافر فيه من بيع أو نحوه، ذميًا كان الوكيل أو مستأمنًا أو حربيًا أو مرتدًا؛ لأن العدالة غير معتبرة فيه، فكذا الدين كالبيع[١].

وقالوا: إن المسلم لا يجوز أن يكون وكيلاً لذمى فى شراء الخمر[٢].

ولو أجَّر مسلم نفسه لذمى لعمل فى ذمته صح؛ لأن عليًا ﷺ أجر نفسه من يهودى يستقى له كل دلو بتمرة وأتى بذلك للنبى ﷺ فأكله، وفعل ذلك رجل من الأنصار، وأتى به النبى ﷺ فلم ينكره، ولأنه لا صغار عليه فى ذلك، وإن استأجره فى مدة كيوم أو شهر ففيه وجهان: أحدهما لا يصح؛ لأن فيه استيلاء عليه وصغارًا أشبه الشراء. والثانى: يصح وهو أولى؛ لأن ذلك عمل فى مقابلة عوض أشبه العمل فى ذمته، ولا يُشبه الملك؛ لأن الملك يقتضى سلطانًا واستدامة وتصرفًا بأنواع التصرفات فى رقبته بخلاف الإجارة[٣].

وجاء فى [كشاف القناع]: لا شفعة لكافر - حين البيع أسلم بعد البيع أو لا - على مسلم؛ لقوله ﷺ: «لا شفعة لنصرانى»[٤].

وتثبت الشفعة للمسلم على الكافر لعموم الأدلة؛ لأنها إذا تثبت على المسلم مع عظم حرمته فلأن تثبت على الذمى أولى.

وتثبت الشفعة أيضًا لكافر على كافر لاستوائهما كالمسلمين، ولو كان البائع للشقص المشفوع مسلمًا؛ لأن الشفيع يأخذ الشقص من المشترى المساوى له، لا من البائع. ولو تبايع كافران بخمر أو خنزير أو نحوهما وتقايضا قبل إسلاميهما أو ترافعهما إلينا لم ينقض البيع، وكذا سائر تصرفاتهم ولا شفعة[٥].

وجاء فى [كشاف القناع]: من أحيا أرضًا ميتة فهى له، مسلمًا كان المحى أو ذميًا، وسواء أحياها بإذن الإمام أو بغير إذنه، فى دار الإسلام وغيرها لعموم الأخبار، وهى حديث جابر مرفوعًا: «من أحيا أرضًا ميتة فهى له»[٦]. قال الترمذى: حديث حسن صحيح. وحديث سعيد بن زيد: «من أحيا ميتة فهى له، وليس لعرق ظالم حقٌ». قال الترمذى: حديث حسن[٧].

وإذا كان المحيى للعنوة ذميًا فعليه الخراج؛ لأن الأرض للمسلمين، فلا تقر فى يد غيرهم بدون الخراج، كالأرض غير الموات، وهل يملكه مع ذلك؟ عبارة الإنصاف أولاً تقتضى أنه يملكه. وثانيًا صريحة فى أنه لا يملكه، بل يقر بيده بالخراج[٨].

وجاء فى [كشاف القناع]: لا تُقبل شهادة الكافر ولو كان من أهل الذمة؛ لقوله تعالى: ﴿وأشهدوا ذوى عدل منك﴾[٩]، والكافر ليس منا، ولأن الكافر غير مأمون. ولو شهد الكافر على مثله لم تُقبل. وحديث جابر أن النبى ﷺ

(١) كشاف القناع: ٣/٤٧٠.
(٢) المغنى: ٤/٢٦٤.
(٣) السابق: ٤/٢٦٥.
(٤) أخرجه الطبرانى فى المعجم الصغير: ١/٢٤٢.

(٥) كشاف القناع: ٢/٣٩٣، ٣٩٤.
(٦) صحيح البخارى، كتاب المزارعة، باب من أحيا أرضًا مواتًا.
(٧) السابق: ٢/٤٠٧والحديث أخرجه أبو داود فى سننه، كتاب الخراج، باب فى إحياء الموات.
(٨) كشاف القناع: ٨/٤٠٧.
(٩) سورة الطلاق الآية: ٢.

أجاز شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض. رواه ابن ماجه ضعيف فإنه من رواية مجالد. ولو سلم فيحتمل أنه أراد اليمين؛ لأنها تسمى شهادة، قال الله تعالى: ﴿فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله﴾(١). وذلك إلاّ رجال أهل الكتاب بالوصية فى السفر ممن حضر الموت من مسلم وكافر عند عدم مسلم، فتقبل شهادتهم فى هذه المسألة فقط، ولو لم تكن لهم ذمة(٢).

ولهذا فليس لليهودى أن يُكره امرأته على إفساد سبتها مع تأكد حقه؛ وذلك لقوله ﷺ فى أثناء حديث صححه الترمذى: «وأنتم يهود عليكم خاصة أن تعدوا فى السبت»، فيستثنى من العمل يوم السبت فى عقد الإجارة الأسبوعى والشهرى.

وجاء فى [كشاف القناع]: يصح الوقف على القريب من مسلم وذمى، ويصح الوقف على ذمى معين غير قريبه ولو من مسلم، لجواز صلته وشرط استحقاقه - ما دام ذميًا - لاغير ويستمر له إذا أسلم، ولا يصح الوقف على كنائس وبيوت نار وبيع وصوامع، ومصالحها كقناديلها، وفرشها ووقودها وسدنتها؛ لأنه معونة على معصية، ولو كان الوقف على ما ذكر من ذمى مما لا يصح من المسلم لا يصح من الذمى(٣).

مذهب الظاهرية :

قالوا: والربا فى كل أحكامه بين المسلم والذمى، وبين المسلم والحربى، وبين الذميين كما هو بين المسلمين لا فرق(٤).

ومشاركة المسلم للذمى جائزة، ولا يحل له من التصرف والبيع إلاّ ما يحل للمسلم(٥).

ولا يجوز بيع ما غنمه المسلمون من دار الحرب لأهل الذمة(٦).

وقالوا: لا تكون الأرض بالإحياء إلاّ لمسلم، وأما الذمى فلا(٧)، والوصية للذمى جائزة(٨).

ويجزىء كسوة أهل الذمة وإطعامهم إذا كانوا مساكين فى كفارة اليمين(٩).

ولا تُقسم مواريث الذميين إلاّ على ما قَسَّمَ الله تعالى المواريث فى القرآن(١٠).

وقالوا: لا تُقبل إلاّ شهادة المسلمين العدول، ولا يجوز أن تُقبل شهادة من كافر أصلاً، لا على كافر ولا على مسلم حاشا الوصية فى السفر فقط، فإنها تقبل من الكافرين(١١).

مذهب الزيدية :

قالوا: إن كان المبيع والثمن مما لا يصح أن يملكه البائع أو المشترى كالميتة فى حق المسلمين أو الذميين، أو لا يصح تملكه لأحدهما كالخمر فى حق المسلم والذمى فإنه لا يصح البيع وما أشبه ذلك كالنجس(١٢).

---

(١) سورة النور الآية: ٦.
(٢) كشاف القناع : ٢٥٢/٤.
(٣) السابق : ١٤٠/٣.

(٤) المحلى : ٥١٤/٨.
(٥) السابق : ١٢٥/٨.
(٦) السابق : ٣٩/٩ .
(٧) السابق : ٢٤٣/٨ .
(٨) السابق : ٣٢/٩.
(٩) السابق: ٧٥/٨ .
(١٠) السابق : ٣٠٧/٩ .
(١١) السابق : ٣٩٥/٩ - ٤٠٥.
(١٢) شرح الأزهار : ٧/٣.

وقالوا: لا يجوز للذمي إحياء الموات، وليس للإمام أن يأذن له بذلك، وقيل: يجوز له إحياؤها بإذن الإمام[١].

ولا يصح الوقف من كافر[٢]، ويصح أن يكون على ذمي معين[٣].

وقالوا: إذا أجَّر بيته لذمي ليبيع فيه خمرًا، أو ليصلي فيه الذمي، أو ليجعله كنيسة، فإن ذلك لا يجوز، وعن الوافي يجوز إذا كان في خططهم[٤].

وقالوا: لا شفعة لكافر على مسلم مطلقًا، أي سواء كان في خططنا أم في خططهم. هذا قول الهادي عليهم في الأحكام والناصر؛ لقوله ﷺ: «الإسلام يعلو ولا يعلى عليه»[٥]. ولقوله ﷺ: «لا شفعة لذمي على مسلم». ولقوله ﷺ: «لا شفعة لليهودي، ولا النصراني»[٦].

واختلفوا هل تثبت الشفعة للذمي على الذمي في خططنا أم لا؟ فالذي ذكره في الأحكام أنه لا شفعة لذمي على ذمي في خططنا. قال مولانا عليلم: وهو الذي أردنا بقولنا: أو كافر في خططنا. وقال في المنتخب: إن لهم الشفعة على بعضهم لبعض ولو في خططنا، وأما في خططهم فالشفعة لبعضهم على بعض بالإجماع، والشفعة لهم في المنقولات ثابتة في خططنا بالإجماع[٧].

وقالوا في المضاربة: لا يصح أن يكون المال من مسلم لكافر، ويصح أن يضارب المسلم المسلمَ، والكافرُ الكافرَ والكافرُ المسلمَ[٨].

وقالوا: لا يصح أن تصدر الشهادة من كافر تصريحًا كالوثني والملحد، فإن شهادته لا تُقبل لا على كافر ولا على مسلم.. إلاّ أن يكون الكافر مليًّا كأهل الذمة فتُقبل شهادة بعضهم على مثله، لا على أهل سائر الملل، فلا تجوزُ شهادةُ الذميين على المسلمين، ولا تجوزُ شهادةُ اليهود على النصارى، ولا النصارى على اليهود[٩].

ولا يصح توكيل مسلم موكله ذمي عقد نكاح. وفي عقد مضاربة لم يصح توكيلُ الكافرِ سواءٌ كان الكافرُ حربيًا أو ذميًا[١٠].

مذهب الإمامية :

قالوا: الذميُّ إذا بَاعَ خمرًا أو خنزيرًا ثم أسلمَ ولم يقبض الثمنَ كلَّهُ قبضه[١١].

وقالوا: إذا اشترى الذميُّ أرضًا من مسلمٍ وَجَبَ فيها الخمسُ، سواءٌ كانت مما وجبَ فيه الخمسُ كالأرض المفتوحةِ عنوةً، أو ليس فيه كالأرض التي أسلمَ عليها أهلها[١٢].

وقالوا: إذا اشترى الكافرُ مصحفًا لم يصح البيعُ، وقيل: يصح ويرفع يده، والأول أنسب بإعظام الكتاب، ومثل ذلك كتب أحاديث النبي ﷺ. وقيل: يجوز على كراهية، وهو الأشبه[١٣].

---

(١) شرح الأزهار : ٣/٣١٩.
(٢) السابق : ٣/٤٥٩.
(٣) السابق : ٣/٤٦٢.
(٤) السابق : ٣/٢٥٣، ٢٥٤.
(٥) وهو يقصد المناطق المحددة المخصصة لهم أورده الطحاوي في شرح معاني الآثار : ٣/٢٥٧.
(٦) سبق تخريجه.
(٧) شرح الأزهار : ٣/٢١٢، ٢١٣.
(٨) السابق : ٣/٣٢٨.
(٩) السابق : ٤/١٩٣، ١٩٤.
(١٠) السابق : ٤/٢٤٢.
(١١) شرائع الإسلام : ٢/ ١٤٧.
(١٢) السابق : ٢/ ٩٥.
(١٣) شرائع الإسلام: ٢/ ١٥٧.

وقالوا: إن المواتَ لا يملكُهُ أحدٌ، وإن أحياه ما لم يأذن له الإمامُ إذا كان المحيي مسلمًا، ولا يملكه كافرٌ، ولو قيل: يملكه مع إذن الإمام - عليه السلام - كان حسنًا[١].

ولو أوصى الذميُّ ببناء كنيسة أو بيعة لم يجز؛ لأنها معصية، وكذا لو أوصى بصرف شيء في كتابة التوراة والإنجيل؛ لأنها محرفة. ولو أوصى للراهب أو القسيس جاز كما تجوز الصدقة عليهم[٢].

ولا يقفُ المسلمُ على الحربي ولو كان رحمًا، ويقفُ على الذمي ولو كان أجنبيًا، ولو وقف على الكنائس والبيع لم يصح، وكذا لو وقف على كتب ما يسمى بالتوراة والإنجيل؛ لأنها محرفة. ولو وقف الكافرُ كذلك انصرف إلى فقراء سخلته[٣].

وتجوزُ الصدقةُ على الذمي ولو كان أجنبيًا؛ لقوله ﷺ: «على كل كبد حَرى أجر»[٤]. ولقوله تعالى: ﴿لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين﴾[٥].

ولا يصحُّ النذر من كافرٍ لتعذر نية القُربة في حقه واشتراطُها في النذر، لكن لو نذر فأسلمَ استُحب له الوفاء[٦].

وتثبت الوصية بشاهدين مسلمين عدلين، ومع الضرورة وعدم المسلمين تقبل شهادة أهل الذمة خاصة[٧].

(١) شرائع الإسلام: ٢/ ١٦٨.
(٢) السابق: ٢/ ١٥٧.
(٣) السابق: ٢/ ١٤٧.
(٤) مسند الإمام أحمد، مسند عبد الله بن عمرو بلفظ: «في كل ذات كبد حرى أجر».
(٥) شرائع الإسلام: ٢/ ٢٥١ والآية من سورة الممتحنة، رقم: ٨.
(٦) السابق: ٢/ ٢٥٨.
(٧) السابق: ٢/ ٢٦٢.

ويُشترط في الشهود أوصاف منها: الإيمان، فلا يُقبل شهادة غير المؤمن، ولو اتصف بالإسلام لا على المؤمن ولا على غيره لاتصافه بالفسق والظلم المانع من قبول الشهادة، نعم تُقبل شهادة الذمي خاصة في الوصية إذا لم يوجد من عدول المسلمين من يشهد بها، ولا يُشترط كون الموصي في غربة وباشتراطه رواية مطروحة.. وهل تقبل شهادة الذمي على الذمي؟ قيل: لا، وكذا لا تُقبل على غير الذمي. وقيل: تُقبل شهادة كل ملة على ملتهم، وهو استناد إلى رواية سماعة، والمنع أشبه[٨].

مذهب الإباضية:

قالوا: إن أفسدَ لذمي خمرًا لم يظهرها، فإن ذلك غصب، ويغرم له قيمتها، وإن أظهرها فلا شيء على مفسدها، وليس ذلك غصبًا[٩].

ولا تُقبل شهادةُ الكافر؛ لقوله تعالى: ﴿ممن ترضون من الشهداء﴾[١٠]، والكافر ليس مرضيًا، والإجماع على عدم قبول شهادتهم على المسلمين، ونقول نحن معشر الإباضية: تجوز شهادة مشرك على مشرك من ملته، وبعض يجيز أيضًا شهادة أعلاهم على من دونه كنصراني على يهودي ويهودي على مجوسي[١١].

وقالوا: تؤخذ الشفعة من ذمي والمشرك مطلقًا حيث قدرعليه إن اشترى من مسلم، ولو بواسطة موحِّد، أو كان شريكًا لذلك الموحد، ويكون الموحدون كلهم سواء في شفعته الموافق

(٨) السابق: ٢/ ٢٣١، ٢/ ٢٣٢.
(٩) شرح النيل: ٧/٥٧.
(١٠) سورة البقرة، الآية: ٢٨٢.
(١١) شرح النيل: ٦/٥٨٥.

والمخالف، القريب والبعيد، ولا يدرك الذمى من الشفعة - ولو بواسطة مسلم - من مسلم أى موحد مطلقًا، ولو كان الذمى شريكًا فى الأصل، بل يشفع المسلم بالشركة فى الأصل أو المنافع، سواء اشترى الموحد من ذمى أو من موحد؛ لأن الإسلام يعلو ولا يُعلى عليه، والموحد شفيع بتوحيده لما اشترى الذمى من موحد، والإسلام أقوى من شركة الذمى إذا كان المشترى مسلمًا، ويدركها طالبها بالإسلام ما لم تتم ثلاث سنوات.

وقيل: - أى قال موسى بن على - الذمى والمسلم فيها سواء؛ لاستواء الكل فى الحق، فلا يشفع الموحد بمجرد توحيده ما اشتراه الذمى من آخر أو من موحد بل الشركة، فإن استويا فيها فالموحد أولى، وإن كان سبب الذمى أقوى مثل أن يشترك فى الأصل والموحد فى المنافع، فالذمى أولى، وحيث تركها من هو أولى بها فلمن دونه، وسبب الشركة أقوى من سبب الإسلام وحده؛ ولذا يأخذها الذمى من الموحد. وقيل: يشفع الذمى ما اشتراه موحد إن كان الذمى شريكًا فى الأصل، ولا يشفع إن كان شريكًا فى المنفعة.

وإذا اشترى الذمى أصلاً هو فيه شريك لم يشفعه الموحد، ويشفع الولد الموحد ما اشتراه أبوه المشرك من الموحد، وتشفع حصة المشترك إن اشترى هو والموحد من موحد. وهى بين أهل الذمة كما هى بين المسلمين، وإن باع مسلم لوالده الذمى فللشفيع شفعته، وليس كبائع لوالده المسلم، وكذا فى الزوجة إن كات ذمية، وإن أسلم الوالد أو الزوجة قبل أخذ الشفيع شفعته فلا شفعة له منهما بعد إسلامهما، وإن باعت الذمية لزوجها فلا تؤخذ منه الشفعة، وكذا لا تؤخذ فيما باع ذمى لوالده الذمى[1].

حكم التعامل مع دور عبادتهم

مذهب الحنفية:

قالوا: إن الكنائس والبيع القديمة لا يُتعرّض لها، ولا يُهدم شىء منها، وأما إحداث كنيسة أخرى فيُمنعون عنه فيما صار مصرًا من أمصار المسلمين؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «لا كنيسة فى الإسلام إلاّ فى دار الإسلام»[2]. ولو انهدمت كنيسة فلهم أن يبنوها كما كانت؛ لأن لهذا البناء حكم البقاء، ولهم أن يستبقوها، فلهم أن يبنوها، وليس لهم أن يحولوها من موضعٍ إلى موضع آخر؛ لأن التحويل من موضعٍ إلى موضعٍ آخر فى حكم الإحداث لكنيسة أخرى[3].

مذهب المالكية:

قالوا: ولمن فُتحت بلده عنوة إحداث كنيسة بها، أى التى أقرّ بها، سواء كان فيها مسلمون أم لا؛ إن شرط الإحداث عند ضرب الجزية عليه، والمعتمد أنه ليس له الإحداث مطلقًا، أما القديمة الموجودة قبل الفتح فإنها تبقى، ولو بلا شرط، كما هو فى مذهب ابن القاسم.

ولا يُمنع من رَمّ المنهدم مطلقًا شرط أو لا على المعتمد، وأما البلد التى اختطها المسلمون كالقاهرة فلا يجوز الإحداث فيها باتفاق، وفى

(١) شرح النيل: ٥/٦٥٤، ٦٥٦.

(٢) الأموال للقاسم بن سلام باب ما يجوز لأهل الذمة بلفظ: «لا كنيسة فى الإسلام ولا خصاء» عن عمر بن الخطاب. وكذلك فى الأموال لابن زنجويه.

(٣) بدائع الصنائع: ٧/١١٣.

المدونة أنه ليس لهم أن يُحدثوا الكنائس فى بلاد العنوة؛ لأنها فىء ولا تُورث عنهم، وقال أبو الحسن: قوله: ليس لهم الإحداث فى بلد العنوة مفهومه أن لهم أن يرموا ما كان قبل ذلك، وكذا يجوز ترميم الصُلحى على قول ابن القاسم خلافًا لمن قال: يُمنعون من الترميم إلاّ بشرط، فتبين أن للصلحى الإحداث ورم المنهدم مطلقًا، شرط ذلك أم لا على قول ابن القاسم. وللصلحى الإحداث شرط أو لا، لكن فى بلد يختطها المسلمون معهم. وللصلحى بيع عَرصة الكنيسة أو بيع حائط لها، وأما العنوى فليس له ذلك؛ لأنها وقف بالفتح لا يجوز لكل من العنوى والصلحى إحداث ببلد الإسلام، ولو اختطها معه الكافر عنويًا أو صلحيًا، وأما على ما لابن القاسم: إذا اختطها الصلحى فيجوز له الإحداث ولو كان معه مسلم[(١)].

مذهب الشافعية :

قالوا: نمنع أهل الذمة حتمًا من إحداث كنيسة وبيعة وصومعة للتعبد ولو مع غيره فى بلد أحدثناه كالقاهرة والبصرة أو أسلم أهله عليه كاليمن، وقول بعض الشراح: كالمدينة، محل وقفة؛ لأنها من الحجاز وهم ممنوعون من سكناه مطلقًا. ويُهدم وجوبًا ما أحدثوه ولو لم يشترط عليهم هدمه. والصلح على تمكينهم منه باطل. وما وجُد من ذلك ولم يُعلم إحداثه بعد الإحداث أو الإسلام أو الفتح يبقى؛ لاحتمال أنه كان ببرية أو قرية واتصل بها العمران.

وكذا يقال فيما يأتى من الصلح، أما ما بنى من ذلك لنزول المارة ولو منهم يجوز كما جزم به صاحب الشامل وغيره. وما فُتح عنوة - كمصر عندهم وبلاد المغرب - لا يحدثونها فيه، فلا يجوز تمكينهم من ذلك، فيجب هدم ما أحدثوه فيه لملك المسلمين لها بالاستيلاء. ولا يقرون على كنيسة كانت فيه حال الفتح يقينًا فى الأصح لذلك. والثانى: يُقرون بالمصلحة. وما فُتح صلحًا بشرط الأرض لنا، وشرط إسكانهم بخراج وإبقاء الكنائس جاز لهم؛ لأن الصلح إذا جاز بشرط الأرض لنا وشرط إسكانهم بخراج وإبقاء الكنائس ونحوها لهم جاز؛ لأن الصلح إذا جاز بشرط كون جميع البلد لهم، فبعضها بالأولى، وليس منه إعادتها وترميمها بآلتها أو بآلة جديدة مع تعذر فعل ذلك بالقديمة. وحدها: نحو تطيينها وتنويرها من داخل وخارج أيضًا بسبب منع شرط الإحداث إن لم تدع له ضرورة وإلاّ جاز.

وإن أطلق شرط الأرض لنا، وسكت عن الكنائس ونحوها فالأصح المنع من إبقائها وإحداثها، فَتُهدم كلها؛ لأن الإطلاق يقتضى صيرورة جميع الأرض لنا. ولا يلزم من بقائهم بقاء محل عبادتهم، فقد يسلمون، وقد يُخفون عبادتهم. والثانى: لا يمنع، وهى مستثناة بقرينة الحال لحاجتهم إليها فى عبادتهم. فإن عقد الصلح بشرط أن تكون الأرض لهم، ويؤدون خراجها قررتكنائسهم أو نحوها، ولهم الإحداث فى الأصح؛ لأن الأرض لهم. والثانى: المنع؛ لأن البلد تحت حكم الإسلام. وما فُتح فى ديار أهل الحرب بشرط مما ذكر، ثم استولوا عليه بعد

(١) حاشية الدسوقى : ٢/٢٠٣، ٢٠٤.

ذلك - كبيت المقدس - ثم فتح بشرط يخالف ذلك، فالأوجه أن العبرة بالشرط الأول؛ لأنه بالفتح صار دار إسلام فلا يعود دار كفر(١).

مذهب الحنابلة :

قالوا: يمنع أهل الذمة من إحداث كنائس وبيع فى دار الإسلام، ومن بناء صومعة لراهب ومجتمع لصلواتهم، قاله فى المستوعب، لقول ابن عباس: **«أيما مصر مصّرته العرب فليس للعجم أن يبنوا فيه بيعة»**(٢).

ولهم رمّ ما تشعّث منها؛ لأنهم لما ملكوا استدامتها ملكوا رَمَّ شعثها لا الزيادة، أى ليس لهم الزيادة بتوسعة الكنائس ونحوها أو تعليتها؛ لأن الزيادة فى معنى الإحداث؛ إذن لما زيد فيها مما أحدث فكان كإحداث الكنائس ونحوها المنهى عنه. ويُمنعون من بناء ما استهدم منها، ولو كان المنهدم منها كلها، أو كان الهدم ظلمًا؛ لأنه بناء كنيسة فى دار الإسلام فمنعوا منه كابتداء بنائها. قال فى المبدع: والمذهب أن الإمام إذا فتح بلدًا فيها بيعة خراب لم يجز بناؤها؛ لأنه إحداث لها فى حكم الإسلام(٣).

مذهب الزيدية :

قالوا: ولا يحدثون بيعة ولا كنيسة لم تكن موجودة يوم ضرب الذمة عليهم، ويُؤذن لهم فى تجديد ما خرب من البيع والكنائس فى خططهم فقط(٤).

(١) الرملى : ٨/٩٣، ٩٤.
(٢) أخرجه البيهقى فى السنن الكبرى: ٩/٢٠٢، وابن أبى شيبة فى مصنفه (٣٢٩٨٢).
(٣) كشاف القناع: ٣/٣٢ وما بعدها.
(٤) شرح الأزهار: ٤/٦٥٧ وما بعدها.

مذهب الإمامية :

قالوا: لا يجوز لأهل الذمة استئناف البيع والكنائس فى بلاد الإسلام، ولو استجدت وجب إزالتها، سواء كان البلد مما استجده المسلمون؛ إذ فُتح عنوة أو صلحًا على أن تكون الأرض للمسلمين. ولا بأس بما كان قبل الفتح، وبما استجدده فى أرض فُتحت صلحًا على أن تكون الأرض لهم. وإذا انهدمت كنيسة مما لهم استدامتها جاز إعادتها. وقيل: لا إذا كانت فى أرض المسلمين، وأما إذا كانت فى أرضهم فلا بأس(٥).

مذهب الإباضية :

قالوا: ذكر صاحب المستطرف عن عبد الرحمن بن غنم قال: كتبنا لعمر بن الخطاب رضي الله عنه حين صالح نصارى الشام: بسم الله الرحمن الرحيم: هذا كتاب لعبد الله عمر أمير المؤمنين من نصارى مدينة كذا إلى أمير المؤمنين عمر بن الخطاب إنكم لما قدمتم علينا سألناكم الأمان لأنفسنا وذرارينا وأموالنا وأهل ملتنا وشرطنا لكم على أنفسنا: أن لا نُحدث فى مدائننا ولا فيما حولها كنيسة ولا ديرًا ولا قبلة ولا صومعة راهب، ولا نجدد ما خرب منها، ولا ما كان مختطًا منها فى خطط المسلمين فى ليلٍ ولا فى نهار، وأن نوسع أبوابها للمار وابن السبيل، وأن ننزل من مرًّ بنا من المسلمين ثلاث ليال نطعمهم ولا نؤوى فى كنائسنا ولا فى منازلنا جاسوسًا ولا نكتمه عن المسلمين ولا نعلم أولادنا (أى أولاد الذميين) القرآن، ولا نُظهر شرعنا ولا ندعو إليه أحدًا، ولا نمنع أحدًا من ذوى قرابتنا الدخول فى الإسلام

(٥) شرائع الإسلام : ٢/ ١٥٥.

إن أراده، وأن نوقر المسلمين ونقوم لهم من مجالسنا إذا أرادوا الجلوس وأن لا نتشبه بالمسلمين فى شىء من ملابسهم من قلنسوه ولا عمامة ولا نعلين، ولا نتكلم بكلامهم، ولا نتكنى بكناهم، ولا نركب فى السروج، ولا نتقلد بالسيوف ولا نتخذ شيئًا من السلاح، ولا نحمل معنا ولا ننقش على خواتمنا شيئًا بالعربية، ولا نبيع الخمر، وأن نجزَّ مقادم رؤوسنا ونلزم زينا حيثما كنا، وأن نشد الزنار على أوساطنا، ولا نُظهر صلباننا ولا كتبنا فى شىء من أسواق المسلمين وطرقهم، ولا نضرب بالنواقيس فى كنائسنا إلاّ ضربًا خفيفًا، ولا نرفع أصواتنا على موتانا، ولا نُظهر النيران فى شىء من طرق المسلمين ولا أسواقهم، ولا نجاورهم بموتانا، ولا نطلع على منازل المسلمين(١).

الجناية: منهم وعليهم :

مذهب الحنفية :

قالوا فى الجنايات: «ولا يُقتل مسلم ولا ذمى بالكافر الحربى ولا بالمرتد؛ لعدم العصمة أصلاً ورأسًا، ولا بالحربى المستأمن فى ظاهر الرواية؛ وروى عن أبى يوسف أنه يُقتل به قصاصًا لقيام العصمة وقت القتل(٢).

ويُقتل المسلم بالذمى الذى يؤدى الجزية وتجرى عليه أحكام الإسلام، والحر بالعبد؛ لعمومات القصاص من نحو قوله تعالى: ﴿ **كتب عليكم القصاص فى القتلى** ﴾(٣)، وقوله تعالى: ﴿ **وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس** ﴾(٤)، من غير فصل بين قتيل وقتيل ونفس ونفس، وقوله سبحانه وتعالى: ﴿ **ولكم فى القصاص حياة** ﴾(٥)، وتحقيق معنى الحياة فى قتل المسلم بالذمى أبلغ منه فى قتل المسلم بالمسلم؛ لأن العداوة الدينية تحمل على القتل، فكانت الحاجة إلى الزجر أمس، وروى محمد بن الحسن بإسناده عن رسول الله ﷺ **أنه اقاد مؤمنًا بكافر**(٦)، وقال عليه الصلاة والسلام: «**أنا أحق من وفَّى ذمته**»(٧)(٨).

وإذا لم يكن للقاتل عاقلة كالذمى الذى أسلم فعاقلته بيت المال فى ظاهر الرواية، وروى محمد عن أبى حنيفة رضي الله عنه أنه تجب الدية عليه من ماله لا على بيت المال، ووجه هذه الرواية أن الأصل هو الوجوب من مال القاتل؛ لأن الجناية وجدت منه، وإنما الأخذ من العاقلة بطريق التحمل، فإذا لم يكن له عاقلة يرد الأمر فيه إلى الحكم الأصلى، ووجه ظاهر الرواية أن الوجوب على العاقلة لمكان التناصر، فإذا لم يكن له عاقلة كان استنصاره بعامة المسلمين وبيت المال مالهم فكان ذلك عاقلته(٩).

وقالوا: لا يختلف قدر الدية بالإسلام والكفر. فلا تختلف دية الذمى والحربى والمستأمن كدية المسلم، وهو قول إبراهيم النخعى والشعبى والزهرى رحمهم الله، لقوله تعالى: ﴿ **وإن كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة إلى أهله** ﴾(١٠)، أطلق سبحانه وتعالى القول بالدية فى جميع أنواع القتل من غير فصل، فدل على أن الواجب فى الكل على قدر واحد. وروينا أنه عليه الصلاة والسلام جعل دية كل ذى عهد فى عهده ألف دينار. وروى أن عمرو بن أمية

(١) شرح النيل: ٤٠٨/١٠ وما بعدها.
(٢) بدائع الصنائع : ٢٣٦/٧.
(٣) سورة البقرة، الآية: ١٧٨.
(٤) سورة المائدة، الآية: ٤٥.
(٥) سورة البقرة الآية : ١٧٩.
(٦) مجمع الزوائد ومنبع الفوائد: ٣١٩/٦ بلفظ «لو كنت قاتلاً مؤمنًا بكافر لقتلته فأخرجوا عقله»، فأخرجوا عقله، وكان أول عقل فى الإسلام.
(٧) مصنف ابن أبى شيبة، باب من قال: إذا قتل الذمى المسلم قتل به بلفظك : «لا أنا أحق من وفى بالذمة»: ٤٠٨/٥.
(٨) بدائع الصنائع : ٢٣٧/٧، ٢٣٨.
(٩) السابق : ٢٥٦/٧.
(١٠) سورة النساء، الآية : ٩٢.

الضمرى قتل المستأمنين فقضى رسول الله ﷺ فيهما بدية حرين مسلمين، وعن الزهرى رحمه الله أنه قال: قضى سيدنا أبو بكر وسيدنا عمر - رضى الله تعالى عنهما - فى دية الذمى بمثل دية المسلم ومثله لا يُكذّب: وكذا روى عن ابن مسعود رضي الله عنه قال: دية أهل الكتاب مثل دية المسلم؛ ولأن وجوب كمال الدية يعتمد كمال حال القتيل فيما يرجع إلى أحكام الدنيا، وهى الذكورة والحرية والعصمة، ونقصان الكفر لا يؤثر فى أحكام الدنيا(١).

والحاصل أن الزانيين إما مسلمان أو ذميان أو مستأمنان أو الرجل مسلم والمرأة ذمية أو مستأمنة أو بالعكس، أو الرجل ذمى والمرأة مستأمنة، أو بالعكس فهى تسع صور. والحد واجب عند الإمام فى الكل إلاّ فى ثلاث: إذا كانا مستأمنين أو أحدهما. أفاده فى البحر(٢).

ولا حد بقذف من زنت فى كفرها؛ لسقوط الإحصان. قال ابن عابدين فى ذلك: الأنوثة غير قيد كما فى الفتح، وأطلقه فشمل الحربى والذمى، وما إذا كان الزنا فى دار الإسلام أو فى دار الحرب. والإسناد إلى وقت الكفر هو المتبادر من إطلاق المصنف كالكنز والهداية والزيلعى والاختيار وغيرها. ويخالفه ما فى الفتح من أن المراد قذفها بعد الإسلام بزنا كان فى نصرانيتها بأن قال: زنيتِ وأنتِ كافرة، وإن الزنا يتحقق من الكافر فيقام عليه الجلد حداً لا الرجم، ولا يسقط الحد بالإسلام، ومقتضاه أنه لو قال: زنيت وأطلق يحد، إلاّ أن يقال: إنه يحد مع الإطلاق إذا لم يكن زناه فى كفره ثابتًا، فلو كان ثابتًا لا يحد؛ ولذا قيده فى البحر بقوله: ثم أثبت أنه زنى فى كفره، وهو المفهوم من كلام المصنف كغيره، حيث جعل موضوع المسألة قذف من زنت فى كفرها، فمقتضاه ثبوت الزنا فى حال كفرها(٣).

مذهب المالكية :

قالوا: إن الحاصل أن شروط الإحصان عشرة إذا تخلف منها شرط لم يرجم منها: **الإسلام**.. بخلاف اللواط فإن اللائط والملوط يرجمان مطلقًا أحصنا أم لا، وإن كانا عبدين أو كافرين، ولا تسقط عن كافر بإسلامه كحد الفرية والسرقة والقتل بخلاف حد الزنا والشرب(٤).

وإن كان الجانى زائدًا حين الجناية فلا قصاص، فلا يُقتل مسلم ولو عبدًا بكافر ولو حرًا، ولا حر برقيق إلا أن يكون المقتول زائد إسلام فيقتل حر كتابى برقيق مسلم ترجيحًا لجانب الإسلام على الحرية، ويُشترط للجانى المكلف للقصاص منه أن يكون غير زائد إسلام وقت القتل، فلو قتل غيره وهو زائد إسلام فلا قصاص. ولو رمى ذمى مثله أو جرحه وأسلم قبل موت المجنى عليه فكذلك. إلاّ لغيلة، وهى القتل لأخذ المال، فلا يشترط فيه الشروط المتقدمة، بل يُقتل الحر بالعبد والمسلم بالكافر للإفساد لا قصاصًا(٥).

ويُشترط فى المجنى عليه أن يكون معصومًا بإيمان، أو أمان من السلطان، أو غيره، والمراد

---

(١) بدائع الصنائع : ٢٥٤/٧، ٢٥٥.
(٢) حاشية ابن عابدين : ٢٥/٤.
(٣) السابق: ٥٥/٤، ٥٦.
(٤) حاشية الدسوقى : ٣٢٠/٤، ٣٢١.
(٥) السابق : ٢٣٨/٤.

بأمانه ما يشمل عقد الجزية. وقتل الأدنى بالأعلى كحر كتابى بعبد مسلم، فالحرية فى الكتابى أدنى من الإسلام فى العبد لشرف الإسلام على الحرية بخلاف العكس، فلا يُقتل عبد مسلم بحر كتابى، ويُقتل الكفار ببعضهم مطلقًا؛ لأن الكفر ملة واحدة، وذلك من كتابىٌ يهودى أو نصرانى ومجوسى ومؤمّن - بتشديد الميم - أى دخل دار الإسلام بأمان، وخرج به الحربى فلا قصاص فيه، ودخل فيه فى الإطلاق المشركون والدهريون والقائلون بالتناسخ أو بقدم العالم وغيرهم من أصناف أهل الكفر، وهذا بشرط التكافؤ فى الحرية أو الرقية[١].

والكتابى الذمى والكتابى المعاهد أى الحربى المؤمّن - بتشديد الميم - نصف دية الحر المسلم، والمجوسى المعاهد أو المرتد ديته ثلث خمس، فتكون من الإبل ستة أبعرة وثلثى بعير، ومن الذهب ستة وستين دينارًا وثلثى دينار، ومن الورق ثمانمائة درهم[٢].

ولا حد على قاذف عبد وكافر أصلى بنفى نسب عن أب أو جد وإن علا، ولو كان الأب عبدًا أو كافرًا، كما فى المدونة[٣].

مذهب الشافعية :

قالوا: لا يجب القصاص على مسلم بقتل كافر؛ لما روى عن على، كُرم الله وجهه - أنه قال: من السنة أن لا يُقتل مسلم بكافر، فإن جرح ذمى ذميًا ثم أسلم الجانى اقتص منه؛ لأنهما متكافئان حال الوجوب، والاعتبار بحال الوجوب؛ لأن القصاص كالحد... وإن قتل مرتد ذميًا ففيه قولان: أحدهما: أنه يجب القصاص، وهو اختيار المزنى؛ لأنهما كافران فجرى القصاص بينهما كالذميين، والثانى: أنه لا يجب؛ لأن حرمة الإسلام باقية فى المرتد، وإن جرح مسلم ذميًا ثم ارتد الجانى، ثم مات المجنى عليه لم يجب القصاص قولاً واحدًا؛ لأنه عدم التكافؤ فى حال الجناية، وإن قتل ذمى مرتدًا فقد اختلفوا فيه، فمنهم من قال: يجب عليه القصاص إن كان القتل عمدًا، والدية إن كان خطأ؛ لأن الذمى لا يقتل المرتد تدينًا، وإنما يقتله عنادًا، فأشبه إذا قتل مسلمًا، وقال أبو إسحاق: لا يلزمه القصاص ولا الدية، وهو الصحيح؛ لأنه مباح الدم فلم يضمن بالقتل[٤].

وإن قتل مسلمٌ ذميًا فى المحاربة ففيه قولان: أحدهما: لا يجب عليه القصاص؛ لما ذكر من الأخبار.. والثانى: أنه يجب؛ لأن القتل فى المحاربة تأكيد لحق الله تعالى، حتى لا يجوز فيه عفو الولى، فلم يعتبر فيه التكافؤ كحد الزنا[٥].

ولا يَعْقِل مسلم عن كافر، ولا كافر عن مسلم، ولا ذمى عن حربى، ولا حربى عن ذمى؛ لأنه لا يرث بعضهم من بعض[٦].

وتجب الدية بقتل الذمى والمستأمن، ومن بيننا وبينهم هدنة؛ لقوله تعالى: ﴿وإن كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة إلى أهله وتحرير رقبة مؤمنة﴾[٧].

---

(١) حاشية الدسوقى : ٢٤١/٤.
(٢) السابق : ٢٦٨/٤.
(٣) السابق : ٣٢٥/٤.
(٤) المهذب : ١٧٣/٢.
(٥) السابق : ١٧٤/٢.
(٦) السابق : ٢١٣/٢.
(٧) السابق : ١٩٠/٢، والآية من سورة النساء، رقم: ٩٢.

وقالوا: دية اليهودي والنصراني ثلث دية المسلم، ودية المجوسي ثمانمائة درهم. وإن قطع يد ذمي ثم أسلم ومات من الجرح وجبت فيه الدية؛ لأن الاعتبار في الدية بحال استقرار الجناية، وهو في حال الاستقرار مسلم[١].

وقالوا: من أتى من أهل الذمة مُحرَّمًا يوجب العقاب نظرت، فإن كان ذلك محرمًا في دينه كالقتل والزنا والسرقة وجب عليه ما يجب على المسلم، والدليل عليه ما روى أنس ﷺ أن يهوديًا قتل جارية على أوضاح لها بحجر، فقتله رسول الله ﷺ بين حجرين.

ويقتل ذمي شارك مسلمًا في ذمي[٢].

مذهب الحنابلة :

قالوا: لا يُقتل مسلم بكافر، ويُقتل الذمي الحر بمثله اتفقت أديانهم أو اختلفت؛ لقوله تعالى: ﴿كتب عليكم القصاص في القتلى الحر بالحر...﴾[٣] ويُقتل العبد بالعبد والمسلم بالمسلم والذمي بالذمي لحصول المكافأة بينهم، ويجري القصاص بينهما فيما دون النفس كالنفس[٤].

وقالوا: يُقتل الذمي بالذمي حرًا وعبدًا بمثله.. ويُقتل ذمي بمستأمن وعكسه، فيُقتل المستأمن بالذمي ولو مع اختلاف أديانهم؛ فيُقتل النصراني باليهودي، ويقتل النصراني واليهودي بالمجوسي؛ لأن الكفر يجمعهم.. ويُقتل المرتد بالذمي وبالمستأمن حتى ولو تاب وقُبلت توبته، ويُقدم القصاص على القتل بالردة[٥].

وقالوا: لو كان القاتل للحربي أو المرتد أو الزاني المحصن أو المحارب المتحتم قتله ذميًا، فالذمي فيه كالمسلم؛ لأن القتل منهما صادف محله ويُعزر فاعله؛ لأنه افتيات على الإمام..

وقالوا: دية الذكر الكتابي الحر نصف دية المسلم؛ لحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعًا قال: «دية الذكر الكتابي الحر نصف دية المسلم»[٦]. رواه أحمد وأبو داود وحسنه. إن كان ذميًا أو معاهدًا أو مستأنسًا، لاشتراكهم في حقن الدم. وجراحات أهل الكتاب من دياتهم كجراحات المسلمين من دياتهم؛ لأن الجرح تابع للقتل. ودية الذكر الحر المجوسيّ ثمانمائة درهم في قول عمر وعثمان وابن مسعود؛ لما رواه عقبة ابن عامر مرفوعًا: «دية المجوسيّ ثمانمائة درهم»[٧]. رواه ابن عدي، وطعن فيه بعضهم. وقوله ﷺ: «سنوا بهم سنة أهل الكتاب»[٨]، محمول على أخذ الدية، وحقن الدماء لا في كل شيء، بدليل أن ذبائحهم ونسائهم لا تحل لنا، وذلك إن كان المجوسيّ ذميًا أو مستأمنًا أو معاهدًا بدارنا أو غيرها لحقن دمه بخلاف الحربيّ، وجراح كل واحد معتبرة بالنسبة إلى ديته[٩].

ولو قتل مسلم كافرًا - ذميًا أو معاهدًا - عمدًا ضُعّفت ديته على القاتل المسلم؛ لإزالة القود؛ لأن المسلم لا يُقتل بكافر، والقود شُرع زجرًا عن تعاطي القتل، حكم به عثمان، كما رواه

---

(١) المهذب : ١٩٧/٢.
(٢) السابق : ١٠٨/٤.
(٣) سورة البقرة، الآية : ١٧٨
(٤) كشاف القناع : ٣٤٧/٣.
(٥) كشاف القناع : ٣٤٨/٣.
(٦) سنن أبي داود، كتاب الديات باب ١٦ بلفظ «ودية أهل الكتاب يومئذ النصف من دية المسلمين...».
(٧) رواه مالك في الموطأ كتاب القول باب ١٥.
(٨) سبق تخريجه.
(٩) كشاف القناع : ١١٨/٤.

أحمد، وإن قتله ذمى أو قتل الذمى مسلمًا لم تُضعَّف الدية عليه للتمكن من القود[١].

ولا يُقام الحد على أهل الذمة فيما يعتقدون حله ويرون صحته من العقود، ولو رضوا بحكمنا؛ وذلك كشرب خمر ونكاح محرم وأكل خنزير، لكن يمنعون من الجهر به بين المسلمين[٢].

مذهب الظاهرية :

قالوا: إن قتل مسلمٌ عاقلٌ بالغٌ ذميًا أو مستأمنًا عمدًا أو خطأ، فلا قود عليه ولا دية ولا كفارة، ولكن يُؤدب فى العمد خاصة ويُسجن حتى يتوب كفًا لضرره[٣].

ولو أن كافرًا ذميًا قتل ذميًا ثم أسلم القاتل بعد قتله المقتول، أو قبل موت المقتول فلا قود على القاتل أصلاً[٤].

وتُقام الحدود على أهل الذمة، ويُحكم من ذلك بحكم الإسلام؛ لقول الله تعالى: ﴿ وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم واحذرهم أن يفتنوك عن بعض ما أنزل الله إليك ﴾[٥].

وقالوا: حد الذمى فى الخمر كحد المسلم لا فرق، وإن قتل المسلم أو الذمى البالغ العاقل مسلمًا خطأ فالدية واجبة على عاقلة القاتل، وهى عشيرته وقبيلته، وعلى القاتل نفسه إن كان بالغًا عاقلاً مسلمًا عتق رقبة مؤمنة، فإن لم يقدر عليها لفقره فصيام شهرين متتابعين، وذلك واجب على الذمى إلاَّ أنه لا يقدر فى حالة كفره على عتق رقبة مؤمنة، ولا على صيام حتى يُسلم، فإن أسلم يومًا ما لزمه العتق أو الصيام، فإن لم يُسلم حتى مات لقى الله عز وجل وذلك زائد فى إثمه وعذابه، ولا يصوم عنه وليه[٦].

وقالوا: فإن كان له عصبة من أهل الذمة فعقل من قتل خطأ والغرة تجبان عليه وعلى عصبته، كما حكم رسول الله ﷺ[٧].

وقالوا: يجب قتل من سبَّ مسلمًا من الكفار لنقضهم العهد وفسخهم الذمة، وأما إذا قذف الكافر كافرًا فليس إلاَّ الحد فقط[٨].

والذمى إن حارب فليس محاربًا ولكنه ناقض للذمة؛ لأنه قد فارق الصغار فلا يجوز إلاَّ قتله ولا بد، أو يُسلم فلا يجب عليه شىء أصلاً فى كل ما أصاب من دم أو فرج أو مال إلاَّ ما وجد فى يده فقط؛ لأنه حربى لا محارب[٩].

مذهب الزيدية :

قالوا : لا يجب القصاص من مسلم لكافر، والدية تلزم فى نفس المسلم والذمى والمجوسىّ والمعاهد، وفى الاعتداء على حاسة كاملة كالعقل والقول، وعلى الجهاز البولى، والتناسلى، ومكان التبرز. وعلى الأنف واللسان، وكذا فى إبطال نفع كل زوج من الأعضاء الزوجية فى البدن كالعينين واليدين ونحوهما، وفى أحدهما نصف الدية عدا الوجنتين والترقوتين ففيهما حكومة، وفى كل جفن ربع الدية.

---

(١) كشاف القناع : ٥٢/٤.
(٢) السابق : ١٣٦/٣.
(٣) المحلى : ٣٤٧/١٠.
(٤) السابق : ٣٩/١١.
(٥) السابق : ١٥٨/١١ والآية من سورة المائدة رقم ٤٩.
(٦) المحلى : ١٠/ ٣٥٩.
(٧) السابق : ٦٣/١١.
(٨) السابق : ٢٧٤/١١.
(٩) السابق : ٣١٥/١١.

وقال الناصر: دية الذمى ثلث دية المسلم.

وفى سن نصف عشر، وفى كل إصبع عشر، وفيما عدا ذلك من الجنايات حكومة عدل(١).

ولو زنى وهو ذمى ثم أسلم فإنه يسقط عنه الحد(٢).

ويثبت الزنا على الذمىّ بإقراره أربع مرات أو بشهادة أربعة رجال عدول مسلمين أو بشهادة أربعة ذميين من عدولهم(٣).

وقالوا: لو سرق على ذمى خمرًا أو خنزيرًا وهو فى بلد لهم سكناه فقال الهادى - عليه السلام: يقطع، وقال القاسم. لا قطع فى الخمر، وحكاه فى شرح الإبانة عن زيد بن على والناصر ومحمد بن يحى، وفى الزوائد: فإن كانوا فى بلد ليس لهم سكناه فلا قطع اتفاقًا(٤).

وإذا كان المسروق ملكًا لذمى، فإن المسلم يقطع إذا سرق على ذمى.

وقال عليلم: وكان القياس أن لا يقطع المسلم للذمى لوجهين أحدهما: قوله تعالى: ﴿ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً﴾(٥). والثانى: قياس مال الذمى على دمه، فإن المسلم لا يُقتل بالذمى فأولى وأحرى أن لا يُقطع بماله؛ لأنه أخف من الدم. يقال: لعموم الآية فلا إشكال، ولأن القطع حق الله تعالى فوجب للكافر والمسلم(٦).

مذهب الإمامية :

قالوا: إذا زنى بذمية دفعه الإمام إلى أهل نحلته؛ ليقيموا عليه الحد على معتقدهم، وإن شاء أقام الحد بموجب شرع الإسلام(٧).

والكافر إذا ظهر بالشرب حُدَّ، وإن استتر لم يُحد(٨)، وإذا قَتل مرتدٌ ذميًا ففى قتله تردد منشأه محرم المرتد بالإسلام، ويقوى أنه يُقتل للتساوى فى الكفر كما يقتل النصرانى باليهودى؛ لأن الكفر كالملة الواحدة. أما لو رجع إلى الإسلام فلا قود، وعليه دية الذمى.

ولو قتل ذمى مرتدًا قُتل به؛ لأنه محقون الدم بالنسبة إلى الذمى(٩).

ومن شروط القصاص التساوى فى الدين، فلا يُقتل مسلم بكافر - ذميًا كان أو مستأمنًا أو حربيًا - ولكن يُعزر ويغرم دية القاتل. وقيل: إن اعتاد قتل أهل الذمة جاز الاقتصاص بعد رد فضل الدية. والذمية بالذمية وبالذمى من غير رجوع عليها بالفضل، ولو قتل الذمى مسلمًا عمدًا دفع هو وماله إلى أولياء المقتول، وهم مخيرون بين قتله واسترقاقه، وفى استرقاق ولده الصغار تردد أشبهه وأرجحه بقاؤهم على الحرية، ولو

(١) شرح الأزهار: ٤/٣٨٨، ٤٤٣.
(٢) السابق: ٤/٣٥٠.
(٣) السابق: ٤/٣٣٧.
(٤) السابق: ٤/٣٦٦.
(٥) سورة النساء، الآية : ١٤١.
(٦) المرجع السابق.
(٧) شرائع الإسلام: ٢ / ٢٤٧.
(٨) السابق: ٢ / ٢٥٢.
(٩) السابق: ٢ / ٢٧٤.

أسلم قبل الاسترقاق لم يكن له إلاّ قتله كما لو قُتل وهو مسلم. ولو قتل الكافر كافرًا وأسلم القاتل لم يُقتل به وأُلزم الدية إن كان المقتول ذا دية.

ولو قطع مسلم يد ذمى عمدًا فأسلم وسرت إلى نفسه فلا قصاص ولا قود؛ لأن التكافؤ ليس حاصلاً وقت الجناية. ولو رمى ذميًا بسهم فأسلم ثم أصابه فمات فلا قود، وفيه الدية[١].

وإن فعلوا ما ليس بسائغ فى شرعهم كالزنا واللواط، فالحكم فيه كما فى المسلم، وإن شاء الحاكم دفعه إلى أهل محلته ليقيموا الحد فيه بمقتضى شرعهم[٢].

مذهب الإباضية :

قالوا: لا يُقتل مسلم بكافر[٣]. وقالوا: القود يكون بين المشركين مطلقًا على أن الشرك كله ملة واحدة فيقتل كتابى بجاحد، هذا القول ثانٍ فى الديوان، وظاهر المصنف أنه غير مختار فى قوله، وقيل: إن كانوا أهل كتاب فإنه يُقتل كتابى بكتابى كنصرانى بنصرانى ويهودى بيهودى وبالعكس، وإن تخالفا كتابًا أو غيره فإنه لا يُقتل، وقيل: يُقتل الأدنى بالأعلى دون العكس، فيقتل يهودى بنصرانى. وصابىء بنصرانى، ولا عكس، ومجوسى ووثنى وجاحد بيهودى أو بنصرانى أو بصابىء، ووثنى وجاحد بمجوسىّ لا عكسه[٤].

ويُقتص لموحد من مشرك لا عكسه؛ لشرف الإسلام، وقيل: يقتص المعاهد من الموحد بعد ما يُرد للموحد ما تزيد جارحة الموحد على المعاهد[٥].

الجناية على ما دون النفس

مذهب الحنفية :

قالوا: طرفُ المسلمِ والكافرِ سيان للتساوى فى الأرش. قال ابن عابدين: أى متساويان فيجزى فيهما القصاصُ، وكذا بين المرأتين المسلمةِ والكتابيةِ. وكذا بين الكتابتين[٦].

وقالوا: الذمىُّ والمستأمَنُ والمسلمُ فى الديةِ سواءٌ[٧].

مذهب المالكية :

قالوا: إنَّ الجنايةَ على ما دونِ النفسِ كَجُرح وضَرْب وقَطْعٍ وإذهابِ منفعة كسمع وبصر، كالجناية على النفس إلاّ ناقصًا لحرية أو إسلام كعبدٍ كافر جنى على طرف أو منفعة كامل كحر أو مسلم فلا قِصاصَ من الناقص على المشهور من المذهب، وهو قول الفقهاء السبعة وعليه عملُ أهلِ المدينة؛ لأن جنايةَ الناقصِ على الكاملِ كجنايةِ ذى يد شلاء على صحيحة، فإن يكن فيه شىءٌ مقررٌ فحكومة إن برىء على شين، وإلاّ فليس على الجانى المتعمدِ إلاّ العقوبةُ[٨].

وديةُ الكتابى - معاهدًا أو ذميًا، ولو كان حربيًا مؤمنًا - نصفُ دية الحر المسلم، قال الصاوى: ويُقال فى المجوسى مثلُهُ، وقالوا: والمجوسىُّ المعاهدُ والمرتدُّ ديةُ كل منهما ثلثُ

(١) شرائع الإسلام: ٢ / ٢٧٣.
(٢) السابق: ٢ / ١٥٧.
(٣) شرح النيل: ٨/ ٢٠٢.
(٤) السابق: ٨/ ١٤٩، ١٥٠.
(٥) شرح النيل: ٨/ ٢٠٧.
(٦) حاشية ابن عابدين: ٦ /٥٥٤.
(٧) السابق: ٦ / ٥٧٥.
(٨) الشرح الصغير: ٢ / ٣٥٢.

خمس دية المسلم لا فرقَ بين الخطأ والعمد، فيكون من الذهب ستة وستين دينارًا وثلثى دينار، ومن الورِق ثمانمائةُ درهم، ومن الإبل ستةُ أبعرة وثلثا بعير، وديةُ أنثى كلٍ من ذلك نصفُه[(١)].

وقالوا: فى قَطْعِ كل أصبعٍ خطأ من يد أو رِجْل من أنثى أو ذكر مسلم أو كافر عُشرُ ديةِ من قطعت أصبعه فيشمل الكتابى والمجوسى.

وقالوا: بيتُ المال لا يَعقِل عن كافر، فيعقل معه الذمى ذو دينه، والذى رجحه المواق، فليست عاقلةُ الذمى عصبتَهُ وأهلَ ديوانه... إلخ على المعتمد، والمراد بذى دينه من يحملُ معه الجزية[(٢)].

مذهب الشافعية :

قالوا - بعد أن بينوا حكمَ ما يجبُ فيما دونَ النفسِ فى مُوضحة الرأس والهاشمة وغيرهما وهذا كله فى المسلم الذكر، فالخمسة فى الموضحة مثلاً. نصفُ عشر ديتهِ فتراعى هذه النسبة فى حق غيره، ففى الذمى بعير وثلثان والمجوسى ثلث بعير، وعلى هذا القياس. وذلك فى الذمى الذكر، أما فى الذمية فنصف وثلث بعير، وفى المجوسية سدس بعير، وينظر كيف التثليث والتخميس فيها وغيرها[(٣)].

وقالوا: الجنين اليهودى أو النصرانى، قيل: كمسلم، وقيل: هدر، والأصح فيه غرة كثلث غرة مسلم كما فى ديته[(٤)].

(١) حاشية الصاوى : ٢/٢٩٧.
(٢) السابق: ٢ / ٤٠٥.
(٣) القليوبى وعميرة: ٤/١٣٢.
(٤) السابق: ٤/١٦١.

مذهب الحنابلة :

قالوا: كلُّ من أُقيد بغيره فى النفس أُقيد به فيما دونها، ومن لا يجرى القصاص بينهما فى النفس لا يجرى بينهما فى الطرف، كالمسلم مع الكافر فلا تُقطع يد المسلم بيد الكافر؛ لأنه لا يُقادُ به فى النفس.

وجاء فى (المغنى): ديةُ الحرِّ الكتابىّ نصفُ دية الحر المسلم، ونساؤهم على النصف من دياتهم؛ وذلك لما ورد عن النبى ﷺ: «ديةُ المعاهد نصفُ دية المسلم»[(٥)].

وجاء فى موضع آخر: وجراحهم من دياتهم كجراح المسلمين من دياتهم، وتغلُظُ دياتهم باجتماع الحرمات عند من يرى تغليظ ديات المسلمين بها كتغليظ ديات المسلمين، وقال الأثرم: قيل لأبى عبد الله: جُنى على مجوسى فى عينه وفى يده؟ قال: يكون بحساب ديته كما أن المسلم يؤخذ بالحساب فكذلك هذا فكذلك هذا. قيل: قطع اليد؟ قال: بالنصف من ديته[(٦)].

وقالوا: ودية المجوسى ثمانمائة درهم، ونساؤهم على النصف[(٧)].

مذهب الظاهرية :

قالوا: فى جنين الذمية إذا قُتل عنوةً، عبد أو أمَة يقضى على عاقلة الضارب به فيطلبون غلامًا أو أمة كافرين فيدفعانه أو يدفعانها إلى من تجب له، فإن لم يوجد فبقيمة أحدهما لو وُجد[(٨)].

(٥) سنن أبى داود، كتاب الديات، باب: فى دية الذمى.
(٦) المغنى: ٨ / ٤٠٠.
(٧) السابق: ٨ / ٤٠١.
(٨) المحلى: ١١ / ٣٧.

مذهب الزيدية :

قالوا: تلزمُ الديةُ فى نفسِ المسلمِ والذمىّ والمجوسى والمعاهد، قيل: ديةُ الذمى نصفُ دية المسلم، وقال الناصر: ثلثُ دية المسلم، وإن دية المجوسى مائةُ درهمٍ، وكذلك تلزم فى كل حاسة كاملة، والحواس خمس: السمع والبصر والشم والذوق واللمس(١).

مذهب الإمامية :

قالوا: كلُّ ما فيه ديةُ الرجلِ من الأعضاء والجراح فيه من المرأة ديتُها، وكذا من الذمى ديتُهُ، ومن العبدِ قيمتُهُ، وما فيه مقدرٌ من الحر فهو بنسبته من ديةِ المرأةِ والذمىِ وقيمة العبد(٢).

وفى الجنين لو كان ذميًا فعشرُ ديةِ أبيه، وفى رواية السكونى عن أبى جعفر عن علىٍّ عليهما السلام عشرُ دية أمه، والعمل على الأول(٣).

ولو ضَربَ النصرانيةَ حاملاً فأسلمت وألقت جنينها لزم الجانى ديةُ الجنين المسلم؛ لأن الجناية وقعت مضمونة، فالاعتبار بها حال الاستقرار(٤).

مذهب الإباضية:

جاء فى [شرح النيل]: «ونُهى عن احتكار فى بلد فيه موحدون، أو موحدون ومشركون، أو موحدون وأهل ذمة، أو أهل الذمة وحدهم(٥).

وجاء فى موضع آخر: «ولزم والياً حقوق من ولى عليهم، ولو مخالفين أو ذوى كبائر أو نساء أو عبيداً أو أهل الذمة»(٦).

وجاء فى موضع ثالث: «روى أحمد والنسائى والترمذى وابن ماجه: «عقل أهل الذمة نصف عقل المسلمين، ويعنى بالعقل: الدية»(٧).

ذبائحهم

مذهب الحنفية :

قالوا: من شرائط ركن الذكاة أن يكون الذابحُ مسلمًا أو كتابيًا، ولا تؤكلُ ذبيحةُ المجوسىّ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام **سنوا بالمجوسىّ سُنَّةَ أهلِ الكتاب غير ناكحى نسائهم ولا آكلى ذبائحهم**(٨)... وتؤكل ذبيحة أهل الكتاب لقوله تعالى: ﴿ **وطعام الذين أوتوا الكتاب حلٌ لكم** ﴾(٩)، والمراد منه ذبائحهم... ويستوى فيه أهل الحرب منهم وغيرهم لعموم الآية الكريمة(١٠).

مذهب المالكية:

جاء فى (مواهب الجليل): تجوزُ ذبيحتُهُ ذميًا كان أو حربيًا، ونص قوله: وذبيحة الحربيين ومن عندنا من أهل الذمة سواء(١١).

مذهب الشافعية :

قالوا: شرطُ ذابحٍ وعاقرٍ وصائدٍ ليحل مذبوحُهُ ومعقورُه ومصيدُه: حِلُّ مناكحتهِ بأن

---

(١) شرح الأزهار: ٤ / ٤٤٣.
(٢) شرائع الإسلام: ٤/ ٢٠٧.
(٣) السابق: ٤ / ٢٠٧.
(٤) السابق: ٤ / ٢٠٨.
(٥) شرح النيل: ٨/١٦٧.
(٦) السابق: ٤/٣٦٩.
(٧) السابق: ١٥/٧٥، وانظر: سنن النسائى، كتاب: القسامة، باب: دية الكافر.
(٨) سبق تخريجه.
(٩) سورة المائدة، الآية : ٥.
(١٠) بدائع الصنائع: ٥/٤٥.
(١١) مواهب الجليل: ٣/٢٠٩ بتصرف.

يكون مسلمًا أو كتابيًا بشرطه المذكور فى كتاب النكاح، قال الله تعالى: ﴿وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم﴾[١]، ولو شارك مجوسى مسلمًا فى ذبح أو اصطياد حَرُمَ المذبوحُ والمصطاد تغليبًا للحرام[٢].

مذهب الحنابلة :

جاء فى [كشاف القناع] : روى سعيد بإسناد جيد عن ابن مسعود: قال: «لا تأكلوا من الذبائح إلاّ ما ذبح المسلمون وأهلُ الكتابِ[٣]»، ومفهومُهُ: تحريمُ طعامِ غيرهم من الكفار، وإنما أُخذت من المجوسىّ الجزية؛ لأن شبهةَ الكتابِ تقتضى التحريم لدمائهم، فلما غلب التحريمُ فى دمائهم وجب أن يغلُبَ عدمُ الكتابِ فى تحريم ذبائحهم ونسائهم احتياطًا للتحريم فى الموضعين[٤].

مذهب الظاهرية :

جاء فى (المحلى): كلُّ ما ذبحَهُ أو نحره يهودى أو نصرانى أو مجوسى نساؤهم ورجالهم فهو حلالٌ لنا، وشحومُها حلال لنا إذا ذكروا اسمَ الله تعالى عليه، ولو نحر اليهودى بعيرًا أو أرنبًا حَلَّ أكلُهُ، ولا نبالى ما حُرِّم عليهم فى التوراة، وما لم يُحرَّم[٥].

مذهب الزيدية :

قالوا: ويشترطُ فى الذابحِ الإسلامُ، ولا تجزى ذبيحةُ الكافرِ ذميًا كان أم حربيًا. وأما الحربى فلا خلاف فيه، وأما الذمى فمذهبُ الهادى والقاسم والناصر وإحدى الروايتين عن زيد بن على أنه كالحربى فى ذلك، وقال زيد بن على فى إحدى الروايتين والصادق: تجوزُ ذبيحةُ أهلِ الكتاب[٦].

مذهب الإمامية :

جاء فى (شرائع الإسلام) : يُشترط فى الذابحِ الإسلامُ أو حكمُهُ، ولا يتولاه الوثنى، وفى الكتابى روايتان: إشهرهُما المنعُ، فلا تؤكل ذبيحةُ اليهودى ولا النصرانى ولا االمجوسى، وفى رواية ثالثة: تؤكلُ ذبيحةُ الذمىّ إذا سَمِعتَ تسميتَهُ وهى مطروحة[٧].

مذهب الإباضيْة :

تحِلُّ الذبيحة والنكاحُ من أهل الكتابِ خاصةً بالجزية[٨].

(١) سورة المائدة، الآية : ٥.
(٢) القليوبى وعميرة: ٤/٢٤٠.
(٣) كشاف القناع : ٦/٢٠٥.
(٤) السابق، الصفحة نفسها.
(٥) المحلى : ٧/٤٥٤.
(٦) شرح الأزهار: ٤ / ٧٩ ، ٨٠.
(٧) شرائع الإسلام: ١٣٧.
(٨) شرح النيل: ١٠/٤٠٢، ٤٠٣.

بحث مصطلح أهلية

تمهيد :

ترد «الأهلية» وصفا بمعنى «الإنسية» ومصدرا بمعنى «الصلاحية».

أ - الأهلية بمعنى الإنسية:

هى مؤنث «الأهلى»؛ وهو ما ألف البيوت من الدواب، ويُسمى الإنسىّ، ويقابله الوحشىّ كما فى لسان العرب وغيره من كتب اللغة. والفقهاء فى مبحث الأطعمة يذكرون حِلّ الحُمُر الوحشية؛ لأن النبى ﷺ قال: «كلوا من لحمه»[1] يعنى الحمار الوحشى، وأكل منه كما رواه الشيخان، وأن الحمر الأهلية كانت مأكولة اللحم؛ ثم حرمت يوم خيبر فيما يراه الجمهور؛ لما روى الشيخان عن جابر بن عبد الله: «نهى رسول الله ﷺ يوم خيبر عن لحوم الحمر الأهلية»[2]

ويذكرون فى الذكاة والأضحية أنهما يختصان بالبقر الإنسية؛ لأنها من الأنعام دون الوحشية وإن كانت مأكولة اللحم[3].

وفى مبحث النجاسة يذكرون نجاسة لبن ما لا يؤكل لحمه من غير الآدميين كالأتان، بخلاف ما يؤكل لحمه فإن لبنه طاهر[4].

وانظر مصطلحات : «أطعمة»، و«ذكاة»، و «أضحية»، و «نجاسة»، و«خمر» لبيان الأحكام تفصيلاً فى المذاهب، وإنما تعرضنا للإشارة إليها هنا للفرق بينها وبين الأهلية التى بسط الأصوليون الحديث عنها، وهى الآتى ذكرها [بمعنى الأهلية الصلاحية].

ب - الأهلية بمعنى الصلاحية[5] :

عنى الأصوليون من الحنفية بمبحث الأهلية بهذا المعنى؛ لأنها لابد منها فى المحكوم عليه، فذكروا أقسامها، وما يتعلق بكل قسم منها، وما لا يتعلق من الحقوق المختلفة، وتطبيق ذلك على الفروع المتنوعة، ثم ذكروا عوارضها وقسموها وفصلوا آثارها، وبدءوا ببيان معناها فى اللغة وفى لسان الشرع.

•

(١) ورد عند الشيخين بلفظ: هل معكم من لحمه شىء.
انظر صحيح البخارى، كتاب: الذبائح، باب/ما جاء فى التصيد، وصحيح مسلم، كتاب: الحج، باب تحريم الصيد للمحرم.

(٢) شرح الجلال المحلى على المنهاج للنووى بهامش القليوبى وعميرة، ٤/٢٥٧، ٢٥٨ طبعة الحلبى سنة ١٣٤٠هـ.

(٣) حاشية البجيرمى على الإقناع شرح أبى شجاع: ٣/٢٦٠، طبعة مصطفى الحلبى سنة ١٣٣٨هـ وشرح المنهج بهامش البجيرمى : ٤/٢٩٥، طبعة دار الكتب العربية سنة ١٣٣٠هـ.

(٤) شرح الجلال المحلى على المنهاج: ١/٧١.

(٥) ذُكرت الأهلية بهذا المعنى فى مواضع متفرقة من كتب الفقه والأصول على المذاهب الثمانية - هكذا مجردة عن البحث والتفريع، ولا تختلف المذاهب فى معناها الإجمالى، فإنها ثمرة لوجود الشروط، وانتفاء الموانع الخاصة بما تطلب له الأهلية من ولاية أو مباشرة عقد، أو نحو ذلك مما أشير إليه فيما يأتى من البيان.
فأهلية الملك، وأهلية الإسلام التبعى والاستقلالى، وأهلية الطهارة من وضوء وتيمم وغيرهما، وأهلية العبادة من صلاة وزكاة وغيرهما، وأهلية المعاملة بالنفس والولى، وأهلية التبرع، وأهلية النكاح بالنفس وبالولى، وسائر الأهليات ثمرة وجود الشرائط وانتفاء الموانع - كما ذكرنا - ولا تختلف المذاهب فى معنى كل هذه الأهليات إجمالاً.
ولهذا لم ننقلها هنا من مواضعها المختلفة؛ استغناءً عنها بذكر الشروط والموانع فى كل باب من أبواب الفقه التى تُذكر فى مواضعها من الموسوعة.
بيد أن كتب أصول الفقه للحنفية دون غيرها - فيما اطلعنا عليه - عنيت بالأهلية بهذا المعنى، واكتفت كتب الأصول فى المذاهب الأخرى بعنوان «المحكوم عليه» أو «التكليف»، وسيأتيان فى موضعيهما من الموسوعة. لكن كتاب «شرح طلعة الشمس» فى أصول الفقه الإباضى حينما عرض للمحكوم عليه ذكر صفة التكليف، وعرفها: بأنها كمال قوة الإنسان فى عقله وبدنه، ثم قال: «وهذه الحالة التى هى كمال العقل والبدن هى التى تُعرف عند الأصوليين بالأهلية، فمن اجتمعتا فيه كان أهلاً للتكليف، ومن نقص عنه شىء منهما سقط عنه من أعباء التكليف ما يناسب ذلك الناقص، كما شرع فى أحكام الأعذار كالسفر والمرض وغيرهما، حتى لو فقد العقل رأساً رُفع عنه التكليف رأساً».
وما قصده الكتاب المذكور بالأهلية هو أهلية التكليف كما صُرح به، وهى أخص من الأهلية التى تحدثت عنها كتب أصول الحنفية، وسيأتى فى مصطلح «تكليف» زيادة بيان.

أولاً: المعنى اللغوى للأهلية :

ورد أن «أهلية الإنسان للشيء: صلاحيته لصدور ذلك الشيء وطلبه منه»[١]، وأن «الأهلية عبارة عن الصلاحية لوجوب الحقوق المشروعة له أو عليه»[٢]، وقيل: «الأهلية الصلاحية للأمر».

وهذا المعنى الأخير هو الأعم الأليق باللغة، فإنها مصدر صناعى مأخوذ من الأهل، يقال: هو أهل لكذا: أى صالح له، أو مستوجب له، أو مستحق له، أو خليق به، كما أوردت المعاجم.

ويقال أيضًا: هم أهل لكذا؛ لأن الأهل بهذا المعنى يُطلق على الواحد والجميع، ويقال: «آهله للأمر وأهَّله له»: صيره أهلاً له، أو رآه أهلا له، و«استأهل الشيء»: استوجبه، و«استأهل الرجل للشيء»: رآه أهلاً له.

ثانيًا: المعنى الاصطلاحى:

يطلق الفقهاء الأهلية على صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له أو عليه[٣]. أو: «هى كون الإنسان بحيث يصح أن يتعلق به الحكم»[٤]، ولا يخفى أن التعريف الثانى أولى؛ لأنه يشمل أهلية الأداء بخلاف الأول؛ لهذا جعل صاحب (التلويح) التعريف الأول خاصًا بأهلية الوجوب، ثم عرَّف أهلية الأداء بتعريف يخصها فقال: «هى صلاحيته لصدور الفعل منه على وجه يعتدُّ به شرعًا»[٥]

ثالثًا: أقسام الأهلية:

قَسَّم الأصوليون من الحنفية الأهلية قسمين: أهلية وجوب، وأهلية أداء.

(١) كشف الأسرار: ١٣٥٧/٤، طبعة حسن حلمى الريزوى سنة ١٣٠٧هـ.
(٢) تاج العروس: ٢١٨/٧
(٣) كشف الأسرار: ١٣٥٧/٧
(٤) فواتح الرحموت: ١٥٧/١ بولاق سنة ١٣٢٢هـ.
(٥) التلويح على التوضيح: ١٥٢/٢ط١ بالمطبعة الخيرية سنة١٣٢٢هـ.

القسم الأول: أهلية الوجوب :

وهى: «صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له أو عليه» كما سبق، ولا يقصد الحنفية هنا بالوجوب لزوم الأداء فإنه خاص بالمكلفين - فإنه سيُذكر فى تقسيم أهلية الأداء - وإنما يقصدون اشتغال الذمة، وإن لم يكن المتصف به مطالبًا بالأداء بنفسه، وقد أطالوا البحث فى التفرقة بين الوجوب ووجوب الأداء، وأن الأول قد يسبق الثانى، وقد ينفرد عنه[٦].

والكلام على أهلية الوجوب ينتظم بيان بنائها، وأحوال المتصف بها، ومتعلقاتها، وانقسامها بحسب هذه الأحوال والمتعلقات.

١- بناء أهلية الوجوب :

أهلية الوجوب مبنية على قيام الذمة، والذمة فى اللغة: العهد، وفى الشرع: «وصف يصير به الإنسان أهلاً لما له، أو عليه»[٧].

استدل فخر الإسلام البزدوى وغيره على ثبوت الذمة بالإجماع والنصوص[٨].

أما الإجماع فبيانه أن الفقهاء أجمعوا على أن الولى لو اشترى للصبى أو زوجه ولو عقب ولادته ثبت له ملك الرقبة والنكاح، ووجب عليه الثمن والمهر، وما ذلك إلا لأن فيه وصفًا صار به أهلاً للملك والنكاح، وصالحًا للمطالبة بالثمن والمهر بوساطة وليه؛ لأنهما من الواجبات المالية التى تجرى فيها النيابة.

وأما النصوص فمنها ما يثبت أن فى الإنسان وصفًا به يصير أهلاً لما عليه، ومنها ما يثبت أن فيه وصفًا يصير به أهلاً لما له.

(٦) راجع: فواتح الرحموت: ٧٨/١ - ٨٥
(٧) التوضيح بهامش التلويح: ١٥٢/٢
(٨) انظر: فى الإجماع والنصين الأولين (أصول البزدوى) و(كشف الأسرار عليه): ١٣٥٧/٤- ١٣٥٩، وانظر فى النصوص كلها: التوضيح والتلويح: ١٥٤/٢- ١٥٦ .

أما ما يثبت الطرف الأول فذكروا منه قوله تعالى: ﴿وإذ أخذ ربك من بنى آدم من ظهورهم ذريتهم وأشهدهم على أنفسهم ألست بربكم قالوا بلى شهدنا أن تقولوا يوم القيامة إنا كنا عن هذا غافلين﴾(١). هذه الآية فيها إقرار بالوحدانية والربوبية، والإشهاد عليهم دليل على أنهم مؤاخذون بموجب إقرارهم من أداء حقوق تجب للرب تعالى على عباده، فلابد لهم من وصف يكونون به أهلاً للوجوب عليهم.

وقوله - عز وجل -: ﴿وكل إنسان ألزمناه طائره فى عنقه ونخرج له يوم القيامة كتاباً يلقاه منشوراً﴾(٢) فالطائر مستعار للعمل؛ لأن العرب فى الجاهلية كانوا ينسبون الخير والشر إلى الطائر... فالمعنى أن الله - عز وجل - ألزم الإنسان عمله لزوم القلادة للعنق، ولا ريب أن هذا اللزوم له محل فى الإنسان، وهو الوصف الذى به يصير أهلاً لما عليه.

وقوله تعالى: ﴿إنا عرضنا الأمانة على السموات والأرض والجبال فأبين أن يحملنها وأشفقن منها وحملها الإنسان إنه كان ظلوماً جهولاً﴾(٣) فالأمانة التكاليف، وحملها التزامها، وإنما يكون بصفة فى الإنسان يصير بها أهلاً لما عليه.

وأما ما يثبت الطرف الثانى من طرفى الذمة، وهو أن للإنسان وصفًا يصير به أهلاً لما له، فنصوص كثيرة، منها قوله تعالى: ﴿وما من دابة فى الأرض إلا على الله رزقها﴾(٤) ومنها: ﴿هو الذى خلق لكم ما فى الأرض جميعاً﴾(٥).

٢- المتصف بأهلية الوجوب وأحواله :

معنى «أهلية الوجوب»: أهلية الإنسان لوجوب الحقوق، فالمتصف بها هو الإنسان من حين كونه جنينًا إلى حين وفاته؛ لأن مبناها قيام الذمة، والذمة قائمة به لا تنفك عنه مدى حياته.

والباحثون فى هذه المسألة تكلموا عن أهلية الوجوب وأهلية الأداء فى مختلف أطوار الإنسان، ويؤخذ من صنيعهم أن المتصف بالأهلية له أحوال أربعة تختلف باختلافها، ويمكن أن تسمى «أطواراً»(٦)؛ لأن الأطوار هى الأحوال المختلفة كما قال الله تعالى: ﴿وقد خلقكم أطواراً﴾.(٧) الأول ما قبل الولادة، الثانى ما بعدها حتى التمييز، الثالث ما بعده حتى البلوغ، الرابع ما بعد البلوغ حتى الموت.

والطور الرابع يتضمن أحوالاً كثيرة تؤخذ من كلامهم، فإنهم تكلموا عن المعتوه والمسافر والحائض والنفساء وسائر البالغين الذين اتصفوا بعارض من عوارض الأهلية الآتى ذكرها.

٣- متعلقات أهلية الوجوب :

لما كان معنى «أهلية الوجوب» الصلاحية لوجوب الحقوق المشروعة - كانت متعلقاتها هذه الحقوق.

وقد قسمها الحنفية إلى أربعة أقسام:

الأول: حقوق الله - عز وجل - خالصة، وهى:

أ - عبادات خالصة كالإيمان والصلاة والزكاة(٨) والجهاد والاعتكاف.

---

(١) سورة الأعراف، الآية: ١٧٢ .

(٢) سورة الإسراء، الآية: ١٣

(٣) سورة الأحزاب، الآية: ٧

(٤) سورة هود، الآية: ٦

(٥) سورة البقرة، الآية: ٢٩ . وفى التلويح وحاشية الفنارى عليه: ١٥٥/٣، ١٥٦ مناقشات وأجوبة حول هذه الأدلة كلها، نكتفى عن ذكرها بالإشارة إليها.

(٦) بعض المؤلفين فى الأصول سموها: (أدوارًا) فى القرن الرابع عشر الهجرى، وهى لا تتفق مع اللغة، وإن اشتهرت على ألسنة المحدثين.

(٧) روح المعانى: ٢٩/ ٧٩، ٤٧، سورة نوح، الآية:١٤.

(٨) الحنفية إذا أطلقوا لفظ (الزكاة) فإنما يريدون به ما يختص بالنقدين والسوائم وعروض التجارة دون صدقة الفطر وعشر الزروع والثمار وخمس المعادن، فهذه عندهم ليست من العبادات الخالصة.

ب - عبادة فيها المؤنة، وهى صدقة الفطر.

جـ - عبادة فيها مؤنة القربة، وهى العشر الواجب فى الزروع والثمار

د - عبادة مؤنة فيها معنى العقوبة، وهى الخراج، وإما حق قائم بنفسه، وهى خمس المغانم والمعادن.

وإما عقوبات كاملة كالحدود - سوى حد القذف - وإما عقوبات قاصرة، وتسمى الأجزية كحرمان الميراث بسبب القتل، وإما حقوق دائرة بين العبادة والعقوبة وهى الكفارات.

الثانى: حقوق العباد خالصة كضمان الدية وبدل المتلف والمغصوب وملك المبيع والثمن وملك النكاح والطلاق إلى غير ذلك مما لا يحصى.

الثالث: ما اجتمع فيه الحقان، وحق الله غالب، وهو حد القذف.

الرابع: ما اجتمع فيه الحقان، وحق العباد غالب، وهو حد القصاص.

وإيضاح هذه الأقسام وتطبيقها على أمثلتها يرجع إليه فى المبسوطات[1]. وانظر مصطلح (حق)، وتختلف أهلية الوجوب إثباتاً ونفياً تبعاً لاختلاف هذه الحقوق كما سيأتى.

٤- انقسام أهلية الوجوب إجمالاً:

لما كانت أهلية الوجوب مبنية على قيام الذمة كانت ثابتة للإنسان فى جميع أطواره إجمالاً، لكن لو نظرنا إلى كل طور على حده، وفصلنا الحقوق التى تتعلق بها الأهلية لوجدنا أنها تارة يثبت شق منها - وهو أهلية الوجوب له لا عليه - وتارة يثبت فى بعضها، ومن هنا يمكن تقسيم أهلية الوجوب إلى:

١- ناقصة: وهى أهلية الجنين.

٢- كاملة: وهى أهلية الإنسان من حين ولادته إلى وفاته، ثم تقسيم الكاملة إلى:

(أ) مقيدة: وهى أهلية الصبى؛ لثبوتها فى بعض الحقوق دون بعض، وكذلك أهلية البالغ عند وجود بعض العوارض.

(ب) مطلقة: وهى أهلية البالغ العاقل الذى لم يعرض له ما يمنعها فى بعض الحقوق، فتكون الأقسام ثلاثة.

وقد أشار فخر الإسلام البزدوى إلى أصل هذا التقسيم، فقال: «أما أهلية الوجوب فتنقسم فروعها وأصلها واحد، وهو الصلاح للحكم، فمن كان أهلاً لحكم الوجوب بوجه كان هو أهلاً للوجوب، ومن لا فلا»[2] أ.هـ.

وأشار فخر الإسلام بقوله: «فمن كان أهلاً لحكم الوجوب... إلخ» إلى أصل كلى يعرف به ثبوت أهلية الوجوب وانتفاؤها، وذلك أن ينظر إلى حال الإنسان الذى يراد معرفة أهليته لوجوب حق من الحقوق، أهو أهل لحكم ذلك الوجوب، ولو بوجه، أم ليس أهلاً لحكم أصلاً؟ فإن كان أهلاً لحكم وجوب ذلك الحق، ولو بوجه، فهو أهل لأصل وجوبه عليه، وإن لم يكن أهلاً لحكم الوجوب أصلاً لم يكن أهلاً لأصل الوجوب.

ثمرة تقسيم أهلية الوجوب:

يتضح من التفاريع أن المقصود بحكم الوجوب الفائدة التى تنشأ عنه، وهى أحد أمور أربعة: وجوب الأداء تحقيقًا على الشخص نفسه، ووجوب الأداء على وليه، ووجوب الأداء على الشخص تقديراً لينتقل منه إلى القضاء، وصحة الأداء منه إلى الفرض. وأبحاث «أهلية الوجوب المقيدة» الآتى ذكرها، كلها تطبيق لهذا الأصل الكلى.

---

(١) راجع أصول البزدوى مع كشف الأسرار فى باب معرفة أقسام الأسباب والعلل والشروط: ٤/١٣٥٤ إلى ١٣٩٤، وكذا التوضيح مع التلويح فى باب المحكوم به: ٣/١٢٩ إلى ١٤٢.

(٢) أصول البزدوى: ٤/١٣٥٧.

بيان أقسام أهلية الوجوب :

نبين فيما يلى أقسام أهلية الوجوب الثلاثة: الناقصة، والمقيدة، والمطلقة.

(أ) أهلية الوجوب الناقصة:

هى أهلية الجنين للوجوب له لا عليه؛ وذلك أن الجنين قبل الانفصال عن الأم جزء منها حسًا وحكمًا، أما حسًا فلأن قراره وانتقاله بقرارها وانتقالها كيدها ورجلها وسائر أعضائها، وأما حكمًا فلأنه يعتق بعتقها ويرق برقها، ويدخل فى البيع ببيعها. ولكنه لما كان منفردًا بالوجود والحياة، معدًا للانفصال وصيرورته نفسًا برأسه لم يكن جزء الأم مطلقًا، فلم يكن ذمة كاملة، فصلح لأن يجب له الحق من العتق والإرث والوصية والنسب، ولم يصلح لأن يجب عليه الحق، حتى لو اشترى الولى له شيئًا لا يجب عليه الثمن، ولا يجب عليه نفقة الأقارب ولا غير ذلك مما يجب على مَنْ كمُلت ذمته[1].

(ب) أهلية الوجوب المقيدة:

تتحقق هذه الأهلية فى الصبى من حين ولادته حتى البلوغ، وكذلك فى البالغ الذى عرض له ما يمنع وجوب بعض الحقوق، فهى نوعان:

النوع الأول - أهلية الوجوب المقيدة فى الصبى:

إذا انفصل الجنين عن الأم بالولادة فصار نفسًا مستقلة كانت له ذمة كاملة، وكان ينبغى أن تجب عليه الحقوق كلها متى تحقق سبب وجوبها كالبالغ الذى لا موانع تعترض له؛ لتحقق السبب وكمال الذمة، لكن لما كان أصل الوجوب - وهو اشتغال الذمة بالواجبات - غير مقصود بنفسه، وإنما المقصود حكمه - وهو الأداء - عن اختيار ليتحقق الابتلاء - ولم يتصور ذلك فى حق الصبى لضعف بنيته وعقله، لم يثبت فى حقه أصل الوجوب إلا فيما تمكن فيه النيابة، فيكون أداء وليه عنه قائمًا مقام أدائه[2]؛ ولهذا لم يكن بدٌ من تفصيل الحقوق الواجبة وتمييز ما يجب عليه منها عما لا يجب[3].

فأما حقوق العباد فما كان منها غرمًا كضمان المتلفات، أو عوضًا كالثمن والأجرة فالصبى من أهل وجوبه، وإن لم يكن مميزًا، حتى لو أتلف مال إنسان أو اشترى له الولى شيئًا أو استأجره له يجب عليه الضمان والثمن والأجرة؛ لأن المقصود هو المال، وأداؤه يحتمل النيابة، وما كان منها صلة تشبه المؤن وهى نفقة القريب، أو تشبه الأعواض وهى نفقة الزوجة، فالصبى من أهل وجوبه؛ لأن المقصود المال أيضًا. وإنما كانت نفقة القريب صلة؛ لأنها ليست مقابلة بعوض، وأشبهت المؤن لوجوبها على الغنى بقدر الحاجة، فكانت كمؤنة النفس. ونفقة الزوجة صلة؛ لأنها ليست مقابلة بعوض فى العقد، وأشبهت الأعواض؛ لأنها جزاء الاحتباس، ولم تكن عوضًا حقيقة؛ لأن المعاوضة إنما تثبت فيما دخل تحت العقد بالتسمية بطريق الأصالة.

وما كان منها صلة لها شبه بالأجزية كتحمل الدية، فالصبى ليس من أهل وجوبه؛ لأن الجزاء لا يقبل النيابة، وإنما كان هذا التحمل صلة؛ لأنه ليس مقابلا بعوض فى عقد، وأشبه الأجزية؛ لأنه مقابل بالكف عن الأخذ على يد الظالم؛ ولذلك اختص به رجال العشائر الذين هم من أهل هذا الأخذ، دون النساء لأنهن لا يقدرن عليه لضعفهن، فكذا الصبى، وإن كان مميزًا.

وأما حقوق الله تعالى فما كان منها عبادة

---

(١) أصول البزدوى مع كشف الأسرار: ٤/١٣٥٩، ١٣٦٠

(٢) أصول البزدوى مع كشف الأسرار: ٤/١٣٦٠ .

(٣) انظر فى تفصيل الحقوق الآتية كلها المرجع السابق: ٤/ ١٣٦٠ - ١٣٦٤ ، والتوضيح مع التلويح: ٣/١٥٦ - ١٥٨، وتيسير التحرير: ٢/٤٠٨ - ٤٠٩ .

محضة - سوى الإيمان - لم يجب على الصبى، أما البدنية كالصلاة والصوم والحج فلأن المقصود منها الأداء اختيارًا على سبيل التعظيم؛ تحقيقًا للابتلاء ليظهر المطيع من العاصى، ومع الصبا لا يتحقق ذلك. وأما المالية وهى الزكاة فلأن المقصود من وجوبها هو الأداء كما فى البدنية، وليس المقصود المال؛ لأنه إنما يكون مقصودًا لحاجة صاحب الحق كما فى حقوق العباد، ولا يصلح مقصودًا فى القرب؛ لأن صاحب الحق فيها هو أغنى الأغنياء.

فإن قيل: قد تجرى النيابة فى المالية كما لو وكَّل غيره فى أداء زكاته، فينبغى أن تجب على الصبى، ويؤدى عنه وليه - كما ذهب إليه الشافعية وغيرهم - أجيب من قبل الحنفية بأن فعل النائب فى النيابة الاختيارية ينتقل إلى المنوب عنه فيصلح، بخلاف النيابة الجبرية فإن الفعل فيها لا ينتقل للمنوب عنه فلا يصلح طاعة(١).

والإيمان قيل: يجب على الصبى إذا عقل، وقيل: لا وجوب عليه ما لم يبلغ، وإن عقل.

والعقوبات - كالحدود - والأجزية - كحرمان الميراث بالقتل(٢) - لا تجب أيضًا؛ لأن الصبى لا يصلح لحكم الوجوب فيها - وهو المطالبة بالعقوبة والجزاء - لقصور بدنه وعقله.

والعبادة التى فيها مؤنة كصدقة الفطر لا تجب عند محمد وزفر؛ لرجحان معنى العبادة فتكون كالزكاة، وعند أبى حنيفة وأبى يوسف تجب عليه اكتفاء بأهلية الأداء القاصرة والاختيار القاصر؛ نظرا لأن سببها رأس يمونه ويلى عليه، والصبى من أهل المؤن؛ إذ المقصود فيها المال فيمكن أداء الولى عنه.

وما كان مؤنة فى الأصل - وهو العُشر والخراج - يجب على الصبى، لأن المقصود المال، والولى يقوم مقامه فى أدائه. فإن قيل: إن العُشر مؤنة فيها معنى العبادة، والخراج مؤنة فيها معنى العقوبة، والصبى ليس من أهل العبادة والعقوبة، فالجواب أن العُشر والخراج مؤنة بحسب الأصل، وما خالطهما من معنى العبادة والعقوبة، فهو بحسب الوصف فليس مقصودًا؛ ولإيضاح ذلك يُنظر مصطلح «حق».

وأما ما اجتمع فيه الحقان وحق الله غالب - وهو حد القذف - أو اجتمعا وحق العبد غالب - وهو القصاص(٣) - فلا يجب شىء منهما على الصبى؛ لأنهما من العقوبات التى لا يطالب الصبى بها لقصور بدنه وعقله، ولا يمكن فيها النيابة.

ويمكن القول: إنه لا يثبت نفس الوجوب على الصبى إلا فى حالتين: إحداهما أن تثبت صحة الأداء عن الفرض، ولا يتحقق ذلك إلا فى الإيمان بالنسبة للصبى المميز. والثانية أن يثبت وجوب الأداء على الولى، وذلك فيما يكون المقصود منه المال دون الأداء، وهو ما كان من حقوق العباد عوضًا أو غرمًا أو صلة تشبه المؤن أو الأعواض، وما كان من حقوق الله - تعالى - مؤنة وهو العشر والخراج، وكذا ما كان عبادة فيها معنى المؤنة، وهو صدقة الفطر عند الشيخين. وهذا كله تطبيق للأصل الكلى السابق ذكره.

---

(١) انظر: بسط القول فى المسألة يرجع إليه فى مصطلح «زكاة».

(٢) ذكر فخر الإسلام البزدوى ومن تبعه الأجزية فى هذا المبحث فى حقوق العباد: ٤/١٣٦١، ومبحث تقسيم الحقوق فى حقوق الله: ٤/١٣٦٨، وهذا هو الظاهر، لأن حرمان الميراث لا يعود على المقتول، وإنما هو جزاء شرعى للنفع العام زجرا، فهو من حقوق الله تعالى.

(٣) ذكر فخر الإسلام ومن تبعه القصاص فى هذا المبحث فى حقوق العباد: ٤/١٣٦١، وفى مبحث تقسيم الحقوق ذكروه فيما اجتمع فيه الحقان وحق العباد غالب: ٤/١٢٨١، وأما حد القذف فقد أدرجوه هنا فى جملة الحدود - التى هى حق الله - مما اجتمع فيه الحقان، وحق الله غالب ٤/١٣٧٨.

النوع الثانى - أهلية الوجوب المقيدة فى البالغ:

قد تعرض للبالغ عوارض تمنع وجوب أداء بعض الحقوق؛ فتمنع أصل وجوبها فتكون أهليته للوجوب كاملة مقيدة. وقد تكلم الأصوليون هنا عن بعض البالغين الذين اتصفوا بصفات تمنع أهلية الوجوب فى بعض الحقوق تطبيقًا للأصل الكلى السابق، وهم خمسة نذكرهم فيما يلى(١):

١- الكافر:

وهو أهل للوجوب له وعليه فى جميع المعاملات والعقوبات وسائر الحقوق - سوى العبادات - لأنه أهل للمطالبة بكل ذلك، فإن المطلوب من المعاملات مصالح الدنيا، والمقصود من العقوبات المشروعة فى الدنيا الانزجار عن الإقدام على أسبابها، والكافر أهل للمطالبة بكل ذلك، فيجب له الثمن والأجرة والمهر إذا زوَّج أمته، والقصاص إذا قتل وليه، كما تجب عليه هذه الأشياء.

وأما العبادات - سوى الإيمان - فقد ذهب الشافعية والعراقيون من الحنفية إلى أنه يجب عليه أداؤها؛ لأن الخطاب يتناوله، ومتى ثبت وجوب الأداء ثبت أصل الوجوب. وذهب عامة مشايخ الحنفية إلى أنه لا يجب عليه أداء ما احتمل السقوط منها، وإليه مال القاضى أبو زيد الدبوسى والشيخان، ومتى لم يثبت وجوب أدائها عليه لم يثبت أصل الوجوب.

وفائدة الخلاف لا تظهر فى أحكام الدنيا، فإنه لو أداها مع الكفر لم تعتبر اتفاقًا، ولو أسلم لا يجب عليه قضاؤها بالإجماع. وإنما تظهر فى حق أحكام الآخرة، فعند الفريق الأول يُعَاقَب على تركها زيادة على عقوبة الكفر، وعند الفريق الثانى لا يُعَاقَب على تركها، وإنما يعاقب على الكفر فقط(٢).

وأما الإيمان فإنه واجب على الكافر لوجوب أدائه حتى يصير أهلاً لما وعد الله المؤمنين من الثواب.

٢- الحائض:

وهى أهل لأصل الوجوب فى كل ما كانت فيه أهلاً لوجوب الأداء، فعلى هذا يكون الصوم واجبًا عليها لاحتمال أنه واجب الأداء؛ إذ النجاسة لا تؤثر فى المنع من أداء الصوم حقيقة وحكمًا؛ لأن قهر النفس يحصل مع هذه الصفة، ويصح الأداء مع الجنابة والحدث بالاتفاق، لكن الشرع منعها من الأداء فى هذه الحالة على خلاف القياس، فانتقل حكم الوجوب إلى الخلف وهو القضاء لانتفاء الحرج، فثبت أصل الوجوب تبعًا لاحتمال وجوب الأداء الذى انتقل منه إلى وجوب القضاء بخلاف الصلاة، فإنها لا يجب أداؤها على الحائض مع قيام محل الوجوب وسببه؛ لأن الحيض ينافى الصلاة من حيث كونه حدثًا ونجسًا مع عدم التمكن من رفعه، ولا يجب عليها القضاء لما فيه من الحرج؛ فبطل القول بأصل الوجوب لبطلان حكمه، وهو وجوب الأداء تحقيقًا وتقديرًا.

٣- المجنون:

إن امتد جنونه فاستغرق شهر رمضان بالنسبة للصيام، أو زاد على يوم وليلة بالنسبة للصلاة - انتفت أهليته لأصل الوجوب فيهما؛ لأنه لا يجب عليه أداؤهما لعدم الإمكان، ولا القضاء لما فيه من حرج. وإن لم يمتدّ جنونه ثبت أصل الوجوب؛ لأن وجوب الأداء محتمل لكنه لما كان غير ممكن انتقل الحكم إلى الخلف، وهو القضاء؛ لعدم الحرج.

---

(١) أصول البزدوى مع كشف الأسرار: ١٣٦٢/٤ - ١٣٦٨، التوضيح: ١٥٨/٢، وفواتح الرحموت: ١٢٨/١ وما بعدها.

(٢) انظر تفصيل ذلك فى: مصطلح «كفر، وكافر»، وكتب الأصول فى مسألة تكليف الكافر بالفروع.

٤- المُغمَى عليه:

هو كالمجنون فى كُل ما سبق، غير أن امتداد إغمائه بالنسبة للصوم لا يسقط أصل وجوبه؛ لاحتمال وجوب أدائه لعدم المنافاة، لكن وجوب الأداء قد سقط للعذر فانتقل عنه إلى الخلف، وهو القضاء؛ لعدم الحرج لندرة استغراقه للشهر، بخلاف المجنون. وهما يخالفان النائم، فهو أهل لأصل الوجوب فى الصلاة والصوم وغيرهما؛ لأنه يجب عليه الأداء، وينتقل عنه إلى القضاء لعدم الحرج، وإن كان ممتداً؛ لأن امتداده نادر فى كل منهما.

٥- المسافر:

هو أهل لأصل الوجوب فى كل ما كان فيه أهلاً لوجوب الأداء، ومن ذلك صوم رمضان، فهو أهل لوجوبه بشهود الشهر؛ لأنه أهل لوجوب أدائه، غير أن وجوب الأداء فى الشهر نفسه سقط للعذر، فلا يسقط أصل الوجوب، فإن أداه وقع فرضًا، وإن أفطر لم يأثم للعذر، فينتقل عنه إلى وجوب القضاء. أما الجمعة ففيها خلاف؛ حيث يرى فخر الإسلام البزدوى أنه يثبت فى حق المسافر أهليته لأصل الوجوب فى الجمعة بزوال الشمس؛ لأنه لو أداها لوقعت فرضًا، وإن لم يجب عليه الأداء للعذر، ويرى شمس الأئمة الرضى أنه لا يثبت فى حقه أصل وجوب الجمعة ما لم يؤدها، فإن أداها وقعت فرضًا، فيثبت وجوب الأداء حينئذ تبعًا لوجوده، فيثبت أصل الوجوب للجمعة فى هذه الحالة فقط.

(ج) أهلية الوجوب المطلقة:

تتحقق هذه الأهلية فى البالغ الذى لم يعرض له شىء من العوارض التى تمنع وجوب الأداء تحقيقًا وتقديرًا، فبناء على الأصل الكلى السابق تثبت أهليته لأصل الوجوب فى جميع الحقوق التى وجد سبب وجوبها؛ لأنه لابد أن يجب عليه الأداء تحقيقًا أو تقديرًا؛ لينتقل عنه إلى القضاء.

القسم الثانى - أهلية الأداء:

وهى صلاحية الإنسان لصدور الفعل منه على وجه يعتدُّ به شرعًا كما تقدم، وسنبين أقسام أهلية الأداء، ومبنى كل قسم، والمتصف به، وأثره، ومتعلقاته، وانقسامه حسب تلك المتعلقات.

تقسيم أهلية الأداء، ومبنى كل قسم، والمتصف به وأثره:

لا خلاف أن الأداء يتعلق بقدرتين هما: قدرة فهم الخطاب، وهى بالعقل، وقدرة العمل، وهى بالبدن. والإنسان فى أول أحواله عديم القدرتين، لكن فيه صلاحية لوجود كل منهما شيئًا فشيئًا حتى يبلغا درجات الكمال، فقد كانت كل منهما قاصرة، كما فى الصبى المميز، أو إحداهما فقط، كما فى المعتوه البالغ، فإنه قاصر العقل كالصبى المميز، وإن كان قوى البدن؛ ولهذا ألحق بالصبى فى الأحكام.

ومن ثم فأهلية الأداء قسمان: قاصرة، وكاملة. فالكاملة مبناها بلوغ القدرتين أولى درجات الكمال، وذلك بالبلوغ مع العقل الخالى من العته. والقاصرة مبناها قصور القدرتين أو إحداهما عند بلوغ أولى درجات الكمال.

والشرع بنى على الأهلية القاصرة أثرًا واحدًا هو صحة الأداء، وعلى الكاملة أثرين هما صحة الأداء ووجوبه بتوجه الخطاب؛ لأنه لا يجوز إلزام المرء الأداء فى أول أحواله؛ إذ لا قدرة له عليه أصلاً، وإلزام مَنْ لا قدرة له عليه منتف شرعًا وعقلا، وبعد وجود أصل القدرتين قبلُ الكمال يكون فى إلزام الأداء حرج، والحرج منفى بقوله تعالى: ﴿وما جعل عليكم فى الدين من حرج﴾[1]، فلم يخاطب شرعًا لأول أمره حكمةً، ولأول ما يعقل ويقدر رحمةً، إلى أن يعتدل عقله

(١) سورة الحج، الآية: ٧٨

وقدرة بدنه، ثم إن وقت الاعتدال يتفاوت فى البشر على وجه يتعذر الوقوف عليه، ولا يمكن إدراكه إلا بعد تجربة وتكلف عظيم، فأقام الشرع البلوغ الذى تعتدل لديه العقول فى الأغلب مقام اعتدال العقل حقيقة تيسيرًا على العباد، وصار توهم الكمال قبل هذا الحد، وتوهم النقصان بعده ساقطى الاعتبار، وأيَّد هذا قوله ﷺ: «رُفع القلم عن ثلاث[١]: عن الصبى حتى يحتلم، والمجنون حتى يفيق، والنائم حتى يستيقظ»[٢] والمراد بالقلم: الحساب، والحساب إنما يكون بعد لزوم الأداء، فدلَّ على أن ذلك لا يثبت إلا بالأهلية الكاملة، وهى باعتدال الحال بالبلوغ عن عقل كامل[٣].

بيان أقسام أهلية الأداء:

(أ) أهلية الأداء القاصرة:

علم مما سبق أن المتصف بهذه الأهلية هو الصبى والمعتوه البالغ، وأن بناءها على ثبوت العقل القاصر، سواء أكان البدن قاصرًا أيضًا أم لا، كما علم أن الأثر الثابت بها صحة الأداء لا وجوبه.

متعلقات الأهلية القاصرة وانقسامها بحسبها:

تتعلق الأهلية القاصرة تارة بحق الله تعالى، وهو ما روعى فيه جانب الشرع - وهو ثلاثة: حسن محض، لا يمكن سقوط حسنه بحال، وقبيح محض، لا يمكن أن يسقط قبحه بحال، ومتردد بينهما، قد يحسن وقد يقبح. وتتعلق تارة بحق العبد، وهو ما روعى فى تشريعه مصالح العباد، وهو أيضًا ثلاثة: نافع محض فى الدنيا، وضار محض فيها، ودائر بينهما، قد ينفع وقد يضر، فالأقسام ستة[٤]. وتنقسم الأهلية إلى ثابتة ومنفية تبعًا لاختلاف هذه الأقسام، وقد فصلوا ذلك فى الصبى المميز[٥]، ويقاس على المعتوه البالغ كما قال صاحب الفواتح، وإليك البيان:

القسم الأول:

هو الإيمان؛ فإنه حسن محض، لا يسقط حسنه بحال، وفيه نفع محض؛ لأنه مناط سعادة الدارين، أما السعادة الأخروية فظاهرة، وأما سعادة الدنيا فلأن المؤمن معصوم الدم والمال، ومعزز بين أهل الإيمان؛ ولهذا قال الحنفية: إنه يصح من الصبى المميز أداؤه استقلالاً قياسًا واستحسانًا؛ لأنه محل الرحمة، فإن قيل: لعل الشرع لم يعتبره، وجعله إيمان، فالجواب: أن الحجر من الشارع لم يوجد ولا يليق به، فإن الحكيم لا يليق به أن يحجر عما هو مناط السعادتين. فإن قيل: إنه ليس نفعًا محضًا، بل فيه ضرر بحرمان صاحبه من الميراث إذا كان المورث كافرًا، وفرقة النكاح إذا كانت الزوجة مشركة، فالجواب: أن ضرر الحرمان والفرقة مبنى على كفر القريب وشرك الزوجة لا على إيمان الصبى المميز، فإن الإيمان لا يصلح لنسبة المضاد إليه حيث أمكن نسبتها إلى غيره، ولو سلم بناء الضرر على الإيمان لقربه فهو بالتبع لا بالذات[٦].

---

(١) الحديث روى فى روايات أخرى (ثلاثة) انظر: السراج المنير شرح الجامع الصغير: ٣١٧/١.

(٢) سنن النسائى، كتاب الطلاق، باب/من لا يقع طلاقه من الأزواج.

(٣) كشف الأسرار: ١٣٦٨/٤، ١٣٦٩.

(٤) أصول البزدوى مع كشف الأسرار: ١٣٦٩/٤ - ١٣٨٢، والتوضيح مع التلويح: ١٥٨/٣ - ١٦١، وتيسير التحرير: ٤١٢/٢ - ٤١٩، وفواتح الرحموت: ١٥٦/١ - ١٦٠.

(٥) يلاحظ أن الأحكام الآتية كلها إنما هى على مذهب الحنفية؛ لأنهم الذين أفردوا الأهلية بمبحث خاص، واستغنينا هنا عن ذكر خلاف المذاهب؛ لأن محله مصطلحات تلك الحقوق.

(٦) انظر: مصطلحى: (إسلام) ، (صغير) وكشف الأسرار وغيره من كتب الأصول.

القسم الثانى:

هو الكفر، فإنه قبيح محض، وإنما عُد من حقوق الله باعتبار أن حرمته حق لله تعالى كحرمة الزنى وشرب الخمر كما فى (كشف الأسرار)، والقياس أنه لا يصح من الصبى المميز أداؤه استقلالاً؛ لأنه ضرر محض، والصبى محل الشفقة، وبه أخذ الشافعى وأبو يوسف، فأبو يوسف فى تصحيح إيمانه موافق للإمام، وفى عدم تصحيح كفره موافق للشافعى، ويصح كفره استحسانًا، وبه أخذ أبو حنيفة ومحمد.

وجه القياس أن الارتداد ضرر محض لا يشوبه منفعة، وذلك لا يصح من الصبى كإعتاق عبده وطلاق امرأته وهبة ماله، ألا ترى أنه لا يصح منه ما هو ضرر يشوبه منفعة كالبيع، فما يتمحض ضررًا أولى ألا يصح[1] منه. ومما يدل عليه أنه لو ارتد فى الصبا وبلغ - من غير أن يتجدد منه كفر - لا يُقتل، ولو صحت ردته لوجب قتله بعد البلوغ. ووجه الاستحسان أن الكفر محظور مطلقًا، قبيح دائمًا، وقد قام به لأنه مميز فجعله شقيًا، فلا يسقط بعذر غير مسموع، وهو كونه محلا للرحمة - لأجل الصبا - فإن هذه الشقاوة الكاملة تخرجه عن كونه محلا للرحمة.

وإذا صح كفره تبين امرأته المؤمنة، ويحرم الميراث بالردة، فإن قيل: لمَ لمْ يُقتل بالردة؟ أجيب بأن قتل المرتد ليس بمجرد الارتداد بل بالحرابة، والصبى ليس من أهلها، وقد ورد النهى عن قتل الصبيان فى الخبر الصحيح الثابت فى الصحيحين. فإن قيل: فلِمَ لَمْ يُقتل بعد البلوغ؟ فالجواب أن فى صحة إسلامه خلافًا بين العلماء، فأورد الاختلاف شبهة فى ثبوت الردة، والقتل يدرأ بالشبهات[2].

(١) كشف الأسرار: ٤/١٣٧١.

(٢) فواتح الرحموت: ١/١٥٨.

القسم الثالث:

هو ما كان من حقوق الله - تعالى - دائرًا بين الحسن والقبح كالصلاة والصوم والحج ونحوها، فإن الصلاة ليست بمشروعة فى أوقات الكراهة، وفى حالتى الحيض والنفاس، والصوم ليس بمشروع فى الليل، والحج ليس بمشروع فى غير وقته، فهذه العبادات البدنية يصح أداؤها من الصبى المميز من غير عهدة لزوم وضمان، ولم يُحكم بوجوبها ولا بوجوب أدائها، وإنما حُكم بصحة أدائها بطريق التطوع، فإن ذلك نفع محض؛ لأنه يعتاد أداءها، فلا يشق عليه بعد البلوغ؛ ولهذا صح منه التنفل بجنس هذه العبادات مع أداء ما هو مشروع بصفة الفرضية فى حق البالغين بلا لزوم معنى إذا شرع فيها، ولا وجوب قضاء إذا تركها أو أفسدها؛ لأن هذه الحقوق قد شُرعت كذلك فى حق البالغ فى بعض الأحوال. ألا ترى أن البالغ إذا شرع فى الصلاة أو الصوم على ظن أنهما عليه ثم تبين أنهما ليسا عليه يصح منه إتمامهما من غير لزوم هذا الإتمام، حتى إذا أفسدها لا يجب عليه القضاء.

وكذلك إذا شرع فى الحج على ظن أنه فرض عليه ثم تبين أنه ليس عليه يصح إتمامه من غير صفة اللزوم، حتى إذا أُحصر فتحلل لا يجب عليه القضاء، فكذلك الصبى إذا شرع فى الصلاة أو الصوم لا يجب عليه المضى، فإذا أفسد لا يجب عليه القضاء، وإذا أحرم بالحج لم يجب عليه إتمامه، وإذا ارتكب محظور إحرام لا يلزمه جزاؤه[3]؛ لأن فى إلزامه ضرراً لا يليق به. أما العبادة المالية التى لا تجب عليه وهى الزكاة فلا يصح منه أداؤها؛ لأن فيه إضراراً به فى العاجل باعتبار ماله.

(٣) السابق: ١/١٥٨ وما بعدها.

القسم الرابع:

هو ما كان من حقوق العباد نفعًا محضًا، وهذا القسم يصح من الصبى مباشرته ولو بغير إذن وليه؛ لأن تصحيحها ممكن بناء على وجود الأهلية القاصرة، وفي هذا التصحيح رعاية لمصلحته، ألا ترى أن مباشرة الصبى للنوافل صحت بلا لزوم عهدة وضمان لما فى ذلك من النفع المحض، وبه جاءت السنة المعروفة، قال النبى ﷺ: «مروا صبيانكم بالصلاة إذا بلغوا سبعًا، واضربوهم عليها إذا بلغوا عشرًا» (1)، وإنما هذا هو ضرب تأديب وتعزير؛ ليتخلق بأخلاق المسلمين، ويعتاد أداءها فى المستقبل. وهذا من أنفع المنافع، وليس عقوبة على ترك الصلاة فى الماضى حتى يقال: كيف صح الضرب وهو عقوبة، والصبى ليس من أهلها؟

فإذا صح أداء النوافل للنفع المحض فكذلك ما كان من حقوق العباد نفعًا محضًا كقبول الهبة وقبول الصدقة وقبضهما والاصطياد والاحتطاب، وذلك مثل قبول العبد بدل الخلع وقبضه بغير إذن مولاه، فإنه يصح؛ لأن الحاجة إلى إذن المولى إنما هى فيما يحتمل المضرة، وأما ما هو نفع محض فلا يحتاج فيه إلى إذنه. وإذا آجر الصبى المأجور أو العبد المحجور نفسه بغير إذن الولى أو المولى فهذا العقد لا يجوز لما فيه من احتمال الضرر؛ ولهذا لا يستحق تسليم النفس بهذا العقد، لكن إذا فرغ الصبى أو العبد من العمل ففى القياس لا أجر له؛ لأن العقد لم يصح ووجوب الأجر باعتباره، فإذا فسد لم يجب الأجر.

وفى الاستحسان يجب الأجر المسمى لكل منهما؛ لأن هذا العقد يتمحض منفعة بعد إقامة العمل، لكن يُشترط فى العبد السلامة، فلو عطب كان المستأجر ضامنًا لقيمته؛ لأنه غاصب له حيث استعمله بغير إذن مولاه، ولا أجرة عليه؛ لأنه ملكه من حين وجوب الضمان عليه فتبين أنه استخدم ملكه فلا أجرة عليه، وأيضًا الضمان أنفع للمولى من الأجرة بخلاف الصبى الحر، فإنه إذا هلك فى العمل فله الأجرة بقدر ما أقام من العمل؛ لأن الحر لا يتحقق فيه الاغتصاب فلا يملك بالضمان. وإذا قاتل الصبى بغير إذن وليه ففى القياس لا شىء له؛ لأنه ليس من أهل القتال وقيل: يرضخ له؛ لأنه غير محجور عن الاكتساب وعما يتمحض منفعة، واستحقاق الرضخ بعد الفراغ من القتال نفع محض، فيكون كالمأذون فيه من جهة المولى أو الولى دلالة. يتصرفه وكيلاً من غيره فى البيع والطلاق وغيرهما بلا عهدة، وإن لم يأذن الولى؛ إذ فى الصحة اعتبار الآدمية، والآدمى يكرم بصحة العبارة، ويتميز عن سائر الحيوانات بالبيان الذى مَنَّ الله به عليه، فكان القول بصحة كلامه - إذا لم يتضمن ضررًا - من أعظم المنافع الخالصة، وفى ذلك توصل الصبى إلى إدراك المنافع والمضار ومعرفة الأرباح والغبن والخسران، كما أن فيه اهتداءه فى التجارة بالتجربة من غير أن يلحقه ضرر، وإليه الإشارة فى قوله تعالى: ﴿وابتلوا اليتامى﴾(2)، أى اختبروا عقولهم وتعرفوا أحوالهم ومعرفتهم بالتصرف قبل البلوغ. فإن قيل: فَلِمَ لَمْ تصح شهادته مع أن فى تصحيحها تصحيح عبارته؟ أجيب بأن فى اعتبار الشهادة إثبات الولاية على الغير فى الإلزام بغير رضاه، وبدون الأهلية الكاملة لا تثبت هذه الولاية.

القسم الخامس:

هو ما كان - من حقوق العباد - ضررًا محضًا كالطلاق والعتاق والهبة والصدقة فإنها ضرر محض فى العاجل بإزالة ملك النكاح والعين من

(1) أخرجه أحمد فى مسنده: ٢/ ١٨٠ح (٦٦٨٩).

(2) سورة النساء، الآية: ٦

غير نفع يعود إليه في الدنيا، وكذلك القرض فإنه مظنة الضياع.

وهذا القسم ليس بمشروع في حق الصبي؛ لأنه أهل للرحمة والشفقة، فلا تصح مباشرته له بنفسه، ولا يملك ذلك غيره من ولي ووصي وقاض؛ لأن ولاية هؤلاء نظرية، وليس من النظر إثبات الولاية فيما هو ضرر محض في حقه. واستثنوا من هذه التصرفات القرض بوساطة القاضي، فقالوا: إن القاضي يملكه على الصبي، بل يندب إلى ذلك؛ لأن الدين الذي على المستقرض بوساطة ولاية القاضي يعدل العين وزيادة؛ لأنه يمكن أن يطلب مليئًا على خلاف العادة ويقرضه مال اليتيم كما يقتضيه النظر. والبدل مأمون عن الهلاك باعتبار الغنى، وعن الجحود باعتبار علم القاضي وإمكان تحصيله المال منه من غير حاجة إلى دعوى وبينة، فكان مصونًا عن التلف فوق صيانة العين؛ فإن العين يعرض لها التلف بأسباب غير محصورة، فصار الإقراض حينئذ ملحقًا بالمنافع الخالصة، فيملكه عليه القاضي دون الوصي، لعدم تمكنه مما يتمكن منه القاضي، فيترجح في حقه جهة التبرع فلا يملكه عليه، والأب - في رواية - يملكه؛ لأنه يملك التصرف في المال والنفس فكان بمنزلة القاضي، وفي رواية لا يملكه؛ لأنه لا يتمكن من تحصيل المال من المستقرض بنفسه فكان بمنزلة الوصي.

وأما الاستقراض فقد ذكر أن الأب لو أخذ مال الصغير قرضًا جاز؛ لأنه لا يهلك عليه[1]، والوصي لو أخذ مال اليتيم قرضًا لا يجوز في قول أبي حنيفة - رحمه الله، وقال محمد - رحمه الله -: لا بأس به إذا كان مليئًا قادرًا على الوفاء، وقيل: ليس للقاضي أن يستقرض مال اليتيم والغائب لنفسه[2].

ثم إن المراد من عدم شرعية الطلاق في حق الصبي عدمه عند عدم الضرورة والحاجة، فأما عند تحقق الحاجة في كل منهما فهو مشروع كما قاله صاحب (الكشف) مؤيدًا له بما نُقل عن السرخسي[3]. فعرفنا أن الحكم ثابت في حقه عند الحاجة، أما بدون الحاجة فلا يجعل ثابتًا؛ لأن الاكتفاء بالأهلية القاصرة لتوفير المنفعة على الصبي، وهذا المعنى لا يتحقق فيما فيه ضرر محض.

ومن هذا القسم الوصية عند الحنفية، فلا تصح من الصبي، ولا يملكها وليه كالهبة.

وقد خالف في ذلك أهل المدينة؛ لأن الوصية لا يعود فيها ضرر عليه؛ لأنه لا تنفذ إلا بعد موته فتكون نفعًا محضًا بنيل الثوابت[4].

القسم السادس:

هو ما كان - من حقوق العباد - مترددًا بين النفع والضرر، كالبيع فإنه إذا كان رابحًا كان نفعًا، وإن كان خاسرا كان ضررًا، وكالإجارة والنكاح فإنَّ كلَّ واحد منهما إن كان بأقل من أجر المثل أو مهر المثل كان نفعًا في حق المستأجر والمتزوج، وإن كان أكثر من أجر المثل أو مهر المثل كان ضررًا، وكذلك الشركة والأخذ بالشفعة وغيرها من المعاوضات. وهذا القسم لا يصح من الصبي أداؤه بغير إذن وليه؛ لأنه قاصر عن معرفة العواقب فقد يقع في الضرر، وهو أهل للمرحمة، فإذا أذن له الولي الشفيق البصير بالعواقب احتمال الضرر بانضمام الرأيين، فيملك هذه العقود. وعند الإمام أبي حنيفة لما انجبر القصور الذي كان في الصبي عند نفاذ تصرفاته بالإذن الصادر من الولي كان كالبالغ في نفاذ التصرفات، فيملك العقود بغبن فأحسن مع الأجانب باتفاق الروايات عنه؛ لأنه عامل لنفسه

---

(١) انظر: شرح قضاء الجامع، لقاضيخان بتصرف.

(٢) كشف الأسرار: ٢٥/٤

(٣) الكشف: ١٣٧٦/٤ - ١٣٨٠.

(٤) انظر تفصيلا في: كشف الأسرار: ١٣٧٦/٤، ١٣٨٠.

فى خالص ملكه بالأصالة لا بالنيابة عن الولى فصار كالبالغ، ويملك ذلك التصرف أيضًا لو كان للولى فى رواية لما ذكر، وفى أخرى لا يملك؛ لأن الولى حينئذ متهم فى الإذن لجواز أن إذنه كان خداعًا منه لأخذ ماله، ولا كذلك فى الأجنبى، وعند أبى يوسف ومحمد: لا يجوز للصبى مباشرة هذه العقود بالغبن الفاحش لا مع الأجانب ولا مع الولى.

وقولهما أظهر كما فى مُسلّم الثبوت[١] وكشف الأسرار[٢].

وبناء على أن ما فيه احتمال ضرر لا يملكه الصبى المميز بنفسه ويملكه بإذن الولى، قال الحنفية: إنه إذا توكل فى البيع أو غيره بغير إذن وليه لم تلزم العهدة، فلا يُطالب بتسليم المبيع والثمن والخصومة فى العيب ونحو ذلك من الأحكام التى تتعلق بالوكالة؛ لأن فى إلزامه إياها معنى الضرر، ولا يثبت ذلك بالأهلية القاصرة. أما إذا توكل بإذن الولى فإن العهدة تلزم؛ لأن قصور رأيه اندفع بوجود الإذن فصار أهلاً للزوم العهدة.

(ب) أهلية الأداء الكاملة:

عُلم مما سبق أن المتصف بهذه الأهلية هو البالغ العاقل الخالى من العته، كما عُلم أن الأثر الثابت بها هو وجوب الأداء لجميع الحقوق التى تحقق سبب وجودها مع شرائطه ولم يوجد مانع. ومعلوم أن وجوب الأداء يستلزم أصل الوجوب، كما يستلزم صحة الأداء الكاملة المطلقة إذا تحققت شروطها.

ومن ثم لم يقسموا متعلقات هذه الأهلية لعدم حاجتهم إلى ذلك. ويلاحظ أننا قسمنا أهلية الوجوب الكاملة إلى مقيدة ومطلقة أخذًا من تفريعاتهم؛ لأن الإنسان قد يعرض له ما يمنع وجوب بعض الحقوق، وإن لم يمنع أهلية الوجوب عليه إجمالاً فتكون أهليته مقيدة. ومعلوم أن أهلية الوجوب المقيدة فى البالغ العاقل لا سبب لتقييدها إلا عروض أمر منع وجوب الأداء عليه تحقيقًا وتقديرًا فى بعض الحقوق، فترتب على ذلك منع أصل الوجوب، وقد سبقت أمثلة لذلك، ومن ثم يمكن تقسيم أهلية الأداء الكاملة أيضًا إلى: مطلقة ومقيدة، فالمطلقة: هى أهلية البالغ العاقل الذى لم يعرض له ما يمنع وجوب الأداء أو صحته فى بعض الحقوق، والمقيدة: هى أهلية البالغ العاقل الذى عرض له - ما بقاء العقل الكامل - ما يمنع وجوب الأداء تحقيقًا وتقديرًا، أو ما يمنع صحة الأداء فى بعض الحقوق. والظاهر أن هذا هو السر فى اتباع مبحث الأهلية بمبحث عوارضها، غير أنهم لم يقتصروا على ما يعرض للبالغ العاقل - مع بقاء عقله - بل ذكروا الصغر والجنون والموت تتميمًا للفائدة.

عوارض الأهلية:

(أ) معنى العوارض:

العوارض: جمع عارضة، ويجوز أن يكون جمع (عارض) بالتذكير بناء على جعله اسمًا مثل (كاهل)، مأخوذة من قولهم: عرض له كذا، إذا ظهر له أمر يصده عن المضى فيما كان فيه.

وسميت الأمور التى لها تأثير فى تغيير الأحكام عوارض لمنعها الأحكام التى تتعلق بأهلية الوجوب، أو أهلية الأداء عن الثبوت.

ولا يُشترط طروّها بعد عدم، بل يكفى كونها ليست ذاتية للإنسان مع منافاتها للأهلية؛ ولهذا عدّ منها الصغر[٣].

---

(١) مسلم الثبوت مع فواتح الرحموت: ١/ ١٦٠.

(٢) كشف الأسرار: ٤/ ١٣٧٨.

(٣) كشف الأسرار: ٤/ ١٣٨٢، ١٣٨٣، و تيسير التحرير: ٢/ ٤١٩، والتلويح على التوضيح: ٣/ ١٦٢، والتوضيح بهامشه ص١٦٦.

(ب) تقسيم العوارض بحسب تأثيرها:

تنقسم العوارض بحسب تأثيرها إلى ثلاثة أقسام؛ لأن بعضها يزيل أهلية الوجوب كالموت، وبعضها يزيل أهلية الأداء فى الوقت كالنوم والإغماء، وبعضها يوجب تغييرًا فى بعض الأحكام مع بقاء أهلية الوجوب والأداء كالسفر[1]، وهذا إجمال يعرف تفصيله من تفصيل أفراد العوارض.

(ج) تقسيم العوارض بحسب الاكتساب وعدمه:

تنقسم العوارض بحسب الاكتساب وعدمه إلى قسمين: سماوية، ومكتسبة. **فالسماوية:** هى ما ثبتت - من قبل صاحب الشرع - بدون اختيار للعبد فيها؛ ولهذا نُسبت إلى السماء؛ لأنه يُنسب إليها كل ما هو خارج عن قدرة البشر كأنه نازل منها، وهى: الصغر والجنون والعته والنسيان والنوم والإغماء والرق والحيض والنفاس والمرض والموت.

والمكتسبة هى: ما يكون للكسب مدخل فيها بمباشرة الأسباب كالسكر، أو بالتقاعد عن المزيل كالجهل، وتنقسم المكتسبة إلى نوعين:

أحدهما ما يكون من المكلف الذى يبحث عن تعلق الحكم به وهو الجهل والسكر والهزل والسفه والسفر والخطأ، **وثانيهما** ما يكون من غيره عليه وهو الإكراه[2].

القسم الأول - العوارض السماوية:

هى أحد عشر عارضا، وإليك بيانها وبيان أثر كل منها فى الأهلية:

١- الصغر:

هو ما قبل البلوغ، وهو لا ينافى أهلية الصغير للوجوب له فى جميع أطواره، وإنما ينافى أهليته لأصل الوجوب عليه، وصحة الأداء ووجوب الأداء فى بعض الأحوال[3].

٢- الجنون:

هو اختلال القوة المميزة بين الأمور الحسنة والقبيحة المدركة للعواقب بأن لا تظهر آثارها وتتعطل أفعالها، إما لنقصان أصلى أو عارض، وقد قَسَّمَ الحنفية الجنون إلى أربعة أقسام؛ لأنه إنما ممتد أو غيره، وكل منهما إما أصلى أو طارئ[4].

والجنون لا ينافى أهلية المجنون للوجوب له، وإنما ينافى أهليته لأصل الوجوب عليه ووجوب الأداء فى بعض الأحوال، وينافى أهليته لصحة الأداء بنفسه فى جميع الأحوال[5].

٣- العته:

هو آفة توجب خللاً فى العقل فيصير صاحبه مختلط الكلام، فيشبه بعض كلامه العقلاء وبعضه كلامه المجانين، وكذا سائر أموره، فكما أن الجنون يشبه أول أحوال الصبا فى عدم العقل يشبه العته آخر أحوال الصبا فى وجود أصل العقل مع تمكن خلل فيه، فكما ألحق الجنون بأول أحوال الصغر فى جميع الأحكام ألحق العته بآخر أحوال الصبا فى جميع الأحكام أيضًا[6].

فالعته إذًا لا ينافى أهلية المعتوه للوجوب له، وقد ينافى أهليته للوجوب عليه فى بعض الأحكام، وكذا أهليته لصحة المباشرة بإذن وليه، أو بغير إذنه[7].

٤- النسيان:

هو عدم استحضار صورة الشىء فى الذهن وقت الحاجة إليه[8] وقيل: هو جهل الإنسان بما

---

(١) كشف الأسرار: ١٣٨٢/٤.

(٢) أصول البزدوى مع كشف الأسرار: ١٣٨٣/٤، ١٤٥٠، والتلويح على التوضيح: ١٩٠/٢، وتيسير التحرير: ٤١٩/٢.

(٣) انظر: مصطلح (صغير).

(٤) انظر مصطلح (جنون).

(٥) التلويح على التوضيح: ١٦٣/٢.

(٦) كشف الأسرار: ١٣٩٦/٤.

(٧) انظر: الأهلية القاصرة، مصطلح «عته».

(٨) التقرير والتحبير ١٧٦/٢ المطبعة الأميرية.

كان يعلمه ضرورة مع علمه بأمور كثيرة، لا بآفة.

واحترز بقيد العلم بأمور كثيرة عن النوم والإغماء، فإنهما يخرجان النائم والمغمى عليه عن كونهما عالمين بأشياء كانا يعلمانها قبلهما، واحترز بقيد عدم الآفة عن الجنون فإنه جهل بما كان يعلم الإنسان قبله مع كونه ذاكرًا لأمور كثيرة، لكنه بآفة[١]، وقيل: هو أمر بدهى لا يحتاج إلى التعريف؛ إذ كل عاقل يعقل النسيان من نفسه كما يعلم الجوع والعطش، ثم إن النسيان لا ينافى أهلية أصل الوجوب، ولا أهلية وجوب الأداء تقديرًا لينتقل منه إلى القضاء، ولكنه ينافى أهلية صحة الأداء فيما يشرط فيه العمد[٢].

٥- النوم:

هو فترة طبيعية تحدث فى الإنسان بلا اختيار منه، وتمنع الحواس الظاهرة والباطنة عن العمل الاختيارى مع سلامتها، واستعمال العقل مع قيامه، فيعجز الإنسان به عن أداء الحقوق. وهو لا ينافى أهلية الوجوب ولا أهلية وجوب الأداء تقديرًا لينتقل منه إلى وجوب القضاء، ولكنه ينافى أهلية صحة الأداء فيما يعتبر فيه الاختيار[٣].

الإغماء:

هو تعطل القوى المدركة والمحركة حركة إرادية بسبب مرض يعرض للدماغ أو القلب. وهو لا ينافى أهلية الوجوب، ولا وجوب الأداء تقديرًا لينتقل منه إلى وجوب القضاء إلا إذا امتد - كما سبق فى (أهلية الوجوب المقيدة فى البالغ) - وينافى صحة الأداء فيما يشترط فيه الاختيار[٤].

(١) كشف الأسرار: ٤/١٣٩٦.
(٢) انظر: مصطلح: «نسيان».
(٣) كشف الأسرار: ٤/١٣٩٧.
(٤) انظر تفصيل أحكامه والفرق بينه وبين النوم فى مصطلح «إغماء».

٧- الرق:

هو ضعف حكمى يتهيأ الشخص به لقبول ملك غيره له. واحترز بالحكمى عن الحسى؛ فإن العبد ربما يكون أقوى من الحرّ حسًا، ثم الرق لا يوجب خللاً فى سلامة البنية ظاهرًا وباطنًا، لكنه - وإن قوى - عاجز عما يملكه الحرّ من الشهادة والقضاء والولاية وغيرها[٥].

ثم الرق ينافى أهلية الوجوب ووجوب الأداء فى بعض الأحوال، كما ينافى أهلية صحة الأداء بالنفس فى بعض الأحوال أيضًا[٦].

٨، ٩ - الحيض والنفاس:

الحيض هو: دم ينفضه رحم المرأة السليمة عن الداء والصغر. واحترز بقيد (رحم) عن الرعاف والدماء الخارجة من الجراحات، وعن دم الاستحاضة فإنه دم عرق لا رحم، واحترز بقيد «السليمة عن الداء» عن النفاس، فإن النفساء فى حكم المريضة، حتى اعتبر تصرفها من الثلث[٧]، وبالسلامة عن الصغر عن دم تراه مَنْ هى دون بنت تسع سنين، فإنه ليس بمعتبر فى الشرع.

والنفاس هو: الدم الخارج من قُبُل المرأة عقب الولادة[٨]. وهما لا يُسقطان أهلية الوجوب، ولا أهلية الأداء لبقاء الذمة والعقل وقدرة البدن، إلا أنه ثبت بالنص أن الطهارة عنهما شرط للصلاة والصوم. ثم فى قضاء الصلاة حرج فسقط وجوبها حتى لم يجب قضاؤها، ولا حرج فى قضاء الصوم، فلم يسقط إلا وجوب أدائه، ولزم القضاء. وأحكام الحيض والنفاس كثيرة لا يُحصى عددها[٩].

(٥) كشف الأسرار: ٤/١٤٩١.
(٦) انظر: مصطلح «رق».
(٧) كان الفقهاء يرون - نظرًا لكثرة حدوث الموت بسبب النفاس - أن المرأة فى نفاسها فى حكم المريض مرض الموت.
(٨) كشف الأسرار: ٤/١٤٣٢.
(٩) انظر: مصطلحى: (حيض)، و(نفاس).

١٠ - المرض:

هو ما يعرض للبدن فيخرجه عن الاعتدال الخاص[(١)]. وقيل: هو حالة للبدن خارجة عن المجرى الطبيعى، والمذكور فى بعض كتب الطب، أنه هيئة غير طبيعية فى بدن الإنسان ينشأ عنها تغير الفعل أو نقصانه أو بطلانه.

والمقصود بالمرض هو ما عدا الجنون والعته والإغماء والنفاس؛ لأن لكل منها أحكامًا خاصة. ثم المرض لا ينافى أهلية الوجوب والأداء فى الجملة، لكن لما كان من أسباب العجز شرعت العبادات على المريض بقدر الوسع، فيصلى قائمًا أو قاعدًا أو مضطجعًا أو مستلقيًا، ويؤخر الصوم إلى أيام أخر، ثم إن اتصل بالموت كان سببًا للحجر عن بعض التصرفات المالية[(٢)].

١١- الموت:

هو صفة وجودية خُلقت ضد الحياة لقوله تعالى: ﴿خلق الموت والحياة﴾[(٣)]. وقيل: هو عدم الحياة أو زوالها عما من شأنه الحياة، ومعنى الخلق فى الآية - على هذا - التقدير والإحكام. ثم إن الموت لما كان عجزًا كليًا كان منافيًا لكل أنواع الأهلية. ثم الحقوق بالنظر إليه إما دنيوية أو أخروية، ولكل منهما أقسام وأحكام[(٤)].

القسم الثانى - العوارض المكتسبة:

هى سبعة كما يعلم مما سبق، وإليك بيانها وبيان أثر كل منها فى الأهلية:

١- الجهل:

هو عدم العلم عما من شأنه أن يعلم، فإن قارن اعتقاد النقيض كان جهلاً مركبًا، وهو المراد بالشعور بالشيء على خلاف ما هو به، وإن لم يقارنه كان جهلاً بسيطًا، وهو المراد بعدم الشعور. وإنما جعل الجهل من العوارض - وإن كان أمرًا أصليًا - لأنه أمر زائد على حقيقة الإنسان، وثابت فى حال دون حال كالصغر. وإنما جعل من المكتسب؛ لأن إزالته باكتساب العلم فى قدرة العبد، فكان ترك تحصيل العلم منه اختيارًا بمنزلة اكتساب الجهل باختيار إبقائه، فكان مكتسبًا من هذا الوجه. ثم الجهل لا يخل بالأهلية فى الجملة غير أن منه ما يعذر به المرء، ومنه ما ليس كذلك؛ ولهذا قسمه الأصوليون إلى أربعة أقسام:

جهل لا يصلح عذرًا ولا شبهة وهو فى الغاية، وجهل هو دونه، وجهل يصلح شبهة، وجهل يصلح عذرًا. وضربوا الأمثلة الكثيرة لهذه الأقسام، وفصّلوا أحكامها[(٥)].

٢- السكر:

هو غفلة تلحق الإنسان مع فتور فى الأعضاء بمباشرة بعض الأسباب الموجبة من غير مرض وعلة، وهو نوعان: أحدهما ما كان بطريق مباح، وحكمه حكم الإغماء، فيمنع أهلية صحة الأداء فيما شرطه الاختيار، فلا تنفذ عقوده ولا طلاقه ولا نحو ذلك للعذر. ولا ينافى أهليته أصل الوجوب، ووجوب الأداء فى العبادات تقرير لينتقل منه إلى القضاء، إلا إذا امتد بالنسبة للصلاة. والثانى ما كان بطريق محرم، وهو لا ينافى أهلية صحة الأداء فى الجملة فتنفذ تصرفاته زجرًا، ولا ينافى أهلية الوجوب ولا وجوب الأداء تقديرًا فى العبادات لينتقل منه إلى وجوب القضاء[(٦)].

---

(١) التقرير والتحبير: ١٨٦/٢.

(٢) كشف الأسرار: ١٤٢٧/٤، وانظر مصطلح: (مرض)، و(صلاة) و(صوم).

(٣) سورة الملك، الآية: ٢

(٤) التلويح على التوضيح: ١٨٥/٢، وانظر مصطلح (موت).

(٥) التلويح على التوضيح: ١٩٠/٢، ١٩١، وكشف الأسرار: ١٤٥٠/٤، ١٤٥١، وانظر مصطلحى (جهل)، و(جهالة).

(٦) كشف الأسرار: ١٤٧٢/٤، وانظر مصطلح: (سكر).

٣- الهزل:

هو اللعب، وهو أن يراد بالشيء ما لم يُوضع له، وليس المراد من الوضع وضع اللغة لا غير، كالأسد للهيكل المعلوم، والإنسان للحيوان الناطق، بل المراد وضع العقل أو الشرع، فإن الكلام موضوع عقلاً لإفادة معناه حقيقة كان أو مجازًا، والتصرف الشرعي موضوع لإفادة حكمه. فإذا أريد بالكلام غير موضوعه العقليّ، وهو عدم إفادة معناه أصلاً، وأريد بالتصرف غير موضوعه الشرعي، وهو: عدم إفادته الحكم أصلاً - فهو الهزل. فهو ينافي اختيار الحكم والرضا به ضرورة، ولكنه لا ينافي الرضا بمباشرة السبب واختيار المباشرة؛ لأن الهازل يتكلم بما هزل به عن اختيار ورضاء. والهزل لا ينافي أهلية الوجوب ولا وجوب الأداء[١]. وأما أهلية صحة الأداء فيما هزل فيه، ففيها تفصيل يعرف من مصطلح (هزل).

٤- السَفَه:

يُطلق السفه في الشرع على خفة تعتري الإنسان، فتحمله على العمل بخلاف موجب العقل والشرع مع قيام العقل حقيقة، وهذا التعريف يتناول ارتكاب جميع المحظورات، لكن في اصطلاح الفقهاء غلب هذا الاسم على (تبذير المال وإتلافه على خلاف مقتضى العقل والشرع). ولم يُفهم - عند إطلاقه - ارتكاب معصية أخرى مثل شرب الخمر والزنا والسرقة - وإن كان ذلك سفهًا حقيقة - لأن تعلق الأحكام والحجر إنما هو بالتبذير والإسراف.[٢] ثم السفه لا ينافي أهلية الوجوب، ولا وجوب الأداء، ولا ينافي أيضًا أهلية صحة الأداء في غير الماليات. وأما الماليات ففيها الحجر كالحجر؛ على الصبي المميز، على خلاف في ذلك[٣].

٥- السفَر:

هو الخروج على قصد المسير إلى موضع بينه

(١) كشف الأسرار: ١٤٧٧/٤.
(٢) السابق: ١٤٨٩/٤.
(٣) انظر تفصيل ذلك في مصطلحي: (سفه) و (حجر).

وبين ذلك الموضع مسيرة ثلاثة أيام فما فوقها بسير الإبل وسير الأقدام. وهو لا ينافي شيئًا من الأهلية لبقاء القدرة الظاهرة والباطنة بكمالها، ولا يمنع وجوب شيء من الواجبات نحو الصلاة والزكاة والصوم والحج وغيرها، لكنه جعل في الشرع سببًا في تخفيف الأحكام بنفسه لكونه مظنة المشقة، فشرع قصر الصلاة، وأبيح الإفطار مع وجوب القضاء، وأطيلت مدة مسح الخفّ إلى ثلاثة أيام، وأبيح ترك الجمعة والجماعة[٤].

٦- الخطأ:

هو فعل، أو قول يصدر عن الإنسان بغير قصده بسبب ترك التثبت عند مباشرة أمر مقصود سواه. ويؤخذ من (التلويح والتوضيح)[٥] أن المراد بالقصد المنفي هو القصد التام، فإن تمام قصد الفعل بقصد محله، وفي الخطأ يوجد قصد الفعل دون قصد المحلّ، كما لو رمى الإنسان صيدًا فأصاب إنسانًا، فإنه قصد الرمي لكنه لم يقصد به رمي الإنسان، فوجد قصد غير تام. ثم الخطأ لا ينافي الأهلية، ولا يعد عُذرًا في حقوق العباد، وإن عُدَّ عذرًا في حقوق الله تعالى[٦].

٧- الإكراه:

هو حمل الغير على أمر يمتنع عنه، بتخويف بما يقدر الحامل على إيقاعه، ويصير الغير خائفاً به فائت الرضا بالمباشرة. وهو لا ينافي الأهليةَ، ولكن قد يغير بعض الأحكام، ويراجع تفصيل ذلك في مبحث «تقسيم الإكراه إلى ملجئ وغير ملجئ» من كتب الأصول[٧].

(٤) كشف الأسرار: ١٤٩٦/٤، وانظر التفصيل في مصطلح: (سفر).
(٥) ٣٢٤/٣.
(٦) انظر تفصيل ذلك في مصطلح (خطأ)، وكشف الأسرار: ١٥٠٠/٤.
(٧) أصول البزدوي مع كشف الأسرار: ١٥٠٢/٤ - ١٥٢١، ومسلم الثبوت مع فواتح الرحموت: ١٦٦/١، وينظر مصطلح (إكراه). وما ورد في هذا المبحث من أحكام تطبيقية فهو على مذهب الحنفية، وستلاحظ المذاهب الأخرى عند الكلام على مصطلحاتها.

بحث مصطلح «أولوية»

التعريف فى اللغة والاصطلاح:

١- الأولوية لغة:

مصدر صناعى للأول، أى كون الشىء أولى من غيره، ويقال: هو أولى بكذا، أى أحرى به وأجدر وأقرب وأحق، مشتق من الولى[1].

٢- أما فى اصطلاح الفقهاء والأصوليين:

فقد استخدموا الأولى بمعنى الأحرى والأفضل، إلا أن أفعل التفضيل هنا على غير بابه، بدليل أن مقابل الأولى - وهو المسمى عندهم بخلافْ الأولى - لا فضل فيه، بل فيه نوع كراهة خفيفة[2].

كما استخدم الفقهاء الأولى أيضا بمعنى الأحق على غير باب أفعل التفضيل، بمعنى أنه المستحق للشىء دون غيره.

من صور الأولوية:

للأولوية صور كثيرة منثورة فى أبواب الفقه المختلفة، منها:

١- الأولى بغسل الميت والصلاة عليه (انظر: مصطلح أولياء فى غير النكاح).

٢- الأولى بإمامة الصلاة (انظر: مصطلح الإمامة فى الصلاة).

٣- الأولى بالحضانة (انظر: مصطلح حضانة).

٤- الأولى بتزويج المرأة (انظر: الأولياء فى النكاح).

٥- الأولى بميراث المرتد (انظر: ميراث).

---

(١) المصباح المنير، للراغب الأصفهانى، مادة (ولى)

(٢) انظر: حاشية ابن عابدين: ١/٣٧٤، القليوبى: ٢/١٣٩، شرح جمع الجوامع: ١/٨١ فواتح الرحموت: ١/١٠٩.

بحث مصطلح: «أولياء»

التعريف بالأولياء لغة واصطلاحًا:

التعريف اللغوى: أولياء جمع مفرده ولي، على وزن فعيل، وفعيل يأتى تارة بمعنى اسم الفاعل، وتارة بمعنى اسم المفعول. جاء فى القاموس، والمعجم الوسيط: أن الولى كل من ولى أمرًا أو قام به، والولي النصير، والمحب والصديق ذكرًا كان أو أنثى - وقد يؤنث بالتاء - والولي التابع والمعتِق - بكسر التاء - والمطيع: يقال: المؤمن ولى الله، ومن ذلك قول الله عز وجل، **﴿إلا أن أولياء الله لا خوف عليهم ولا هم يحزنون﴾**[1] وولى العهد: وارث الملك، وولى المرأة: من يلى عقد النكاح عليها، ومن ذلك قول رسول الله ﷺ: **«أيما امرأة نكحت بغير إذن مولاها فنكاحها باطل»**[2] وفى رواية **«وليها»**[2] أى متولى أمرها، وولى اليتيم الذى يلى أمره ويقوم بكفايته[3]، وجاء فى لسان العرب: الولى فى أسماء الله تعالى هو الناصر، وقيل: هو المتولى لأمور العالم والخلائق القائم بها، ومن أسماء الله عز وجل الولى وهو مالك الأشياء جميعها المتصرف فيها، قال ابن الأثير: وكأن الولاية تشعر بالتدبير والقدرة والفعل وما لم يجتمع ذلك فيها لم ينطلق عليه اسم الوالى. قال ابن سيده: ولى الشىء وولى عليه وِلاية - بكسر الواو - وولاية - بفتحها - وقيل: الولاية الخطة كالإماره والولاية بالفتح المصدر. قال ابن السكِّيت: الولاية بالكسر - السلطان، والولاية - بالفتح والكسر - النصرة . يقال: هم على ولاية أى هم مجتمعون فى النصرة. قال ابن برى: وقرىء **﴿ما لكم من ولايتهم من شىء﴾**[4] بالفتح والكسر وهى بمعنى النصرة. قال أبو الحسن: الكسر لغة وليست بذلك، وقال فى التهذيب: قول الله عز وجل: **﴿والذين آمنوا ولم يهاجروا ما لكم من ولايتهم من شىء﴾**[5] قال الفراء: يريد ما لكم من مواريثهم من شىء. قال: وكان الكسائى يفتحها، ويذهب بها إلى النصرة، وقال الزجاج: فى الآية الكريمة: يقرأ وَلايتهم بفتح الواو وبكسرها، فمن فتح جعلها من النصرة والنسب، قال: والولاية التى بمنزلة الإمارة مكسورة ليفصل بين المعنيين.

والولى والمولى واحد فى كلام العرب، وروى ابن سلام، عن يونس قال: المولى له مواضع فى كلام العرب منها المولى فى الدين وهو الولى ومن ذلك قول الله عز وجل: **﴿ذلك بأن الله مولى الذين آمنوا وأن الكافرين لا مولى لهم﴾**[6] أى لا ولى لهم، ومنه قول سيدنا رسول الله ﷺ: **«من كنت مولاه فعلىٌ مولاه»**[7] أى فعلى وليه. قال: وقوله ﷺ : **«مزينة وجهينة وأسلم وغفار موالى الله ورسوله»**[8]، أى أولياء الله. قال: والموالى العصبة ومن ذلك قول الله عز

---

(١) سورة يونس، الآية : ٦٢.

(٢) أخرجه البيهقى فى السنن الكبرى، كتاب النكاح - باب لانكاح إلابولى.

(٣) القاموس المحيط مادة (ولى)، والمعجم الوسيط نفس المادة.

(٤، ٥) سورة الأنفال، الآية : ٧٢.

(٦) سورة محمد، الآية: ١١.

(٧) أخرجه: الترمذى كتاب المناقب باب مناقب على بن أبى طالب ﷺ، وابن ماجه فى افتتاح كتاب الإيمان وفضائل الصحابة والعلم باب فضل على بن أبى طالب.

(٨) أخرجه: البخارى كتاب المناقب باب ذكر أسلم وغفار ومزينة وجهينه وأشجع، ومسلم كتاب الفضائل باب من فضائل غفار وأسلم وجهينة وأشجع ومزينة والتميم ودوس وطىء.

وجل: ﴿وإنى خفت الموالى من ورائى﴾[1] قال الفراء: الموالى ورثة الرجل وبنو عمه، قال: والمولى الحليفُ وهو من انضم إليك فعز بعزك وامتنع بمنعتك. والمولى المعتق انتسب بنسبك ولهذا قيل للمعتقين: الموالى. قال: وقال أبو الهيثم: المولى على ستة أوجه: **الوجه الأول** هو ابن العم، والعم، والأخ، والابن، والعصبات كلهم، **والوجه الثانى** هو الناصر. **والوجه الثالث** هو الولى الذى يلى عليك أمرك، قال: ورجل ولاء وقوم ولاء فى معنى ولى وأولياء؛ لأن الولاء مصدر. **والوجه الرابع** مولى الموالاة وهو الذى يسلم على يدك ويواليك. **والوجه الخامس** مولى النعمة وهو المعتق أنعم على عبده بعتقه. **والوجه السادس** المولى هو المعتق - بفتح التاء - لأنه ينزل منزلة ابن العم يجب عليك أن تنصره وترثه إن مات ولا وارث له[2].

التعريف فى اصطلاح الفقهاء:

جاء فى (البحر الرائق): الولاية فى الفقه تنفيذ القول على الغَيْرِ شاء أو أبى[3].

وجاء فى (حاشية ابن عابدين) على الدر المختار أن الولاية - بفتح الواو - تنفيذ القول على الغير. فهى شاملة لولاية النكاح، وولاية الوصى وقَيِّم الوقف، وولاية وجوب صدقة الفطر، بناء على أن المراد بتنفيذ القول ما يكون فى النفس أو فى المال أو فيهما معًا[4].

(١) سورة مريم، الآية: ٥.

(٢) لسان العرب مادة «ولى».

(٣) البحر الرائق شرح كنز الدقائق: ١١٧/٣.

(٤) حاشية ابن عابدين على الدر المختار: ٣٠٤/٢ ط٢. المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق مصر ١٣٢٣هـ.

أنواع الولى

جاء فى (بدائع الصنائع): أن الولاية فى الأصل نوعان: نوع يثبت بتولية المالك، ونوع يثبت شرعًا لا بتولية المالك، أما الأول فهو ولاية الوكيل، فينفذ تصرف الوكيل، وإن لم يكن المحل مملوكًا له؛ لوجود الولاية المستفادة من الموكِّل، وتفصيل هذا النوع ينظر فى بحث (وكالة).

أما الثانى: فهو ولاية الأب، والجد أب الأب، والوصى، والقاضى، وهو نوعان: أيضا ولاية النكاح، ولاية غير النكاح من التصرفات[5].

وجاء فى (الأشباه والنظائر): أن الولى قد يكون وليًا فى المال والنكاح، كالأب والجد، وقد يكون فى النكاح فقط، كسائر العصبة، وكالأب فيمن طرأ سَفَهُهَا، وقد يكون فى المال فقط كالوصى. قال السبكى - رحمه الله تعالى -: مراتب الولايات أربع: **الأولى**: ولاية الأب والجد، وهى شرعية بمعنى أن الشارع فوض لهما التصرف فى مال الولد، لوفور شفقتهما، وذلك وصف ذاتى لهما، فلو عزلا أنفسهما، لم ينعزلا بالإجماع؛ لأن المقتضى للولاية: الأبوة، والجدودة، وهى موجودة مستمرة لا يقدح العزل فيها. لكن إذا امتنعا من التصرف تصرف القاضى، وهكذا ولاية النكاح لسائر العصبات. **المرتبة الثانية**: وهى السفلى؛ الوكيل، تصرفه مستفاد من الإذن، مقيد بامتثال أمر الموكِّل فلكل منهما العزل. حقيقته: أنه فسخ عقد الوكالة، أو قَطْعَه، والوكالة: عقد من العقود قابل للفسخ. واختلف

(٥) بدائع الصنائع: ١٢٥/٥.

الأصحاب فيما إذا كانت بلفظ الإذن، هل هي عقد؛ فيقبل الفسخ، أو إباحة، فلا تقبله؟ لأن الإباحة لا ترتد بالرد، والمشهور: الأول. وفي الفرق بين الوكالة والإذن غموض.

المرتبة الثالثة: الوصية. وهي بين المرتبتين، فإنها من جهة كونها تفويضًا تشبه الوكالة، ومن جهة كون الموصي لا يملك التصرف بعد موته، وإنما جوزت وصيته للحاجة؛ لشفقته على الأولاد، وعلمه بمن هو أشفق عليهم تشبه الولاية. وأبو حنيفة لاحظ الثاني، فلم يجوِّز له عزل نفسه، والشافعي لاحظ الأول، فجوَّز له أن يعزل نفسه على المشهور من مذهبه. ولنا: وجه كمذهب أبي حنيفة - رحمه الله تعالى -.

المرتبة الرابعة: ناظر الوقف يشبه الوصي من جهة كون ولايته بالتفويض، ويشبه الأب من جهة أنه ليس لغيره تسلط على عزله، والوصي يتسلط الموصي على عزله في حياته بعد التفويض بالرجوع عن الوصية، ومن جهة أنه يتصرف في مال الله تعالى، فالتفويض أصله أن يكون منه، ولكنه أذن فيه للواقف، فهي ولاية شرعية، ومن جهة أنه إما منوط بصفة، كالرشد ونحوه، وهي مستمرة، كالأبوة، وإما منوط بذاته، كشرط النظر لزيد؛ فلا يفيد العزل، كما لا يفيد في الأب، بخلاف الوكيل والوصي، فإنه يقطع ذلك العقد، أو يرفعه، قال: فلذلك أقول: إن الذي شرط له الواقف النظر معينًا، أو موصوفًا بصفة إذا عزل نفسه لا ينفذ عزله لنفسه، لكن إن امتنع من النظر، أقام الحاكم مقامه، وإن لم نجد ذلك مصرحًا به في كلام الأصحاب، إلا ابن الصلاح[1].

ويمكن إجمال أنواع الأولياء في قسمين:

القسم الأول: الأولياء في النكاح.

القسم الثاني: الأولياء في غير النكاح.

القسم الأول: الأولياء في النكاح:

أولاً: الولاية في النكاح بالنظر إلى الحكم

مذهب الحنفية:

جاء في (البحر الرائق): أن الولاية في النكاح نوعان: ولاية ندب واستحباب، وهي الولاية على العاقلة البالغة، بكرًا كانت أو ثيبًا، وولاية إجبار، وهي الولاية على الصغير، بكرًا كانت أو ثيبًا، وكذا الكبيرة المعتوهة والمرقوقة[2].

وجاء في (بدائع الصنائع): أن ولاية الندب والاستحباب هي: الولاية على الحرة البالغة العاقلة بكرًا كانت أو ثيبًا في قول أبي حنيفة وزفر وقول أبي يوسف الأول، وفي قول محمد وأبي يوسف - رحمهما الله تعالى - الآخر الولاية عليها ولاية مشتركة، وشرط ثبوت هذه الولاية على أصل أصحابنا: هو رضا المولى عليه لا غير، وعلى هذا يبنى أن الحرة البالغة العاقلة إذا زوجت نفسها من رجل، أو وكَّلت رجلاً بالتزوج فتزوجها أو زوجها فضولي فأجازت جاز في قول أبي حنيفة، وزفر وأبي يوسف الأول سواء زوجت

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم: ١/١٩١ وما بعدها، والأشباه والنظائر للسيوطي: ص ١٥٤ - ١٥٦ بتصرف.

(٢) البحر الرائق: ٣/١١٧.

نفسها من كفء أو غير كفء، وسواء كان ذلك بمهر وافر أو قاصر، غير أنها إذا زوجت نفسها من غير كفء فللأولياء حق الاعتراض، وكذا إذا زوجت بمهر قاصر عند أبى حنيفة خلافًا لهما. وفى قول محمد لا يجوز حتى يجيزه الولى والحاكم، فلا يحل للزوج وطؤها قبل الإجازة ولو وطئها يكون وطئًا حرامًا، ولا يقع عليها طلاقُه وظهاره وإيلاؤه، ولو مات أحدهما لم يرثه الآخر سواء زوجت نفسها من كفء أو غير كفء وهو قول أبى يوسف الآخر الحسن بن زياد عنه، وروى عن أبى يوسف - رحمه الله تعالى - رواية أخرى أنها إذا زوجت نفسها من كفء ينفذ وتثبت سائر الأحكام، تلك ولاية الندب والإباحة.

وجاء فى موضع آخر: أما ولاية الحتم والإيجاب والاستبداد فشرط ثبوتها على أصل أصحابنا أن يكون المولى عليه صغيرًا أو صغيرة أو مجنونًا كبيرًا أو مجنونة كبيرة سواء كانت الصغيرة بكرًا أو ثيبًا، فلا تثبت هذه الولاية على البالغ العاقل ولا على العاقلة البالغة؛ إذ الأصل أن هذه الولاية على أصل أصحابنا تدور مع الصغر وجودًا وعدمًا فى الصغير والصغيرة، وأما فى الصغيرة فإنها تدور مع البكارة وجودًا وعدمًا، وفى الكبير والكبيرة تدور مع الجنون وجودًا وعدمًا، سواء كان الجنون أصليًا بأن بلغ مجنونًا أو عارضًا بأن طرأ بعد البلوغ عندنا وقال زفر: إذا طرأ الجنون لم يجز للمَوْلى التزويج، وعلى هذا يبتنى أن الأب والجد لا يملكان إنكاح البكر البالغة بغير رضاها عندنا.[1]

مذهب المالكية:

جاء فى (الشرح الكبير): أن الولى ضربان: مجبر وهو المالك فالأب فوصيه. وغير مجبر وهو من سوى هؤلاء. أما الضرب الأول فلابد فيه أن من أن يكون مسلمًا حرًا، وأما المالك الرقيق فلا جبر له والجبر لسيده، ويجبر الأب ابنته المجنونة المطبقة، ولو ثيبا أو ولدت الأولاد، لا من تفيق فتنتظر إفاقتها إن كانت ثيبًا بالغًا، ويجبر البكر، ولو عانسًا بلغت ستين سنة أو أكثر إلا لذى عاهة كخصى مقطوع ذكر أو أنثيين قائم الذكر حيث كان لا يمنى فلا يجبرها على الأصح، وكمجنون ومصاب بالبرص والجذام وعنين ومجبوب،.. ثم قال: ثم بعد السيد والأب ووصيه لا جبر لأحد من الأولياء لأنثى ولو بكرًا يتيمة تحت حجره، وحينئذ فالبالغ هى التى تزوج بإذنها؛ فإن كانت ثيبا أعربت عن نفسها، ولإن كانت بكرًا كفى صمتها إلا ما استثنى من الأبكار السبعة - وهى: الأولى: بكر بالغ رشدت من أب أو وصى، ولو قبل بلوغها فلابد من نطقها له. الثانية: بكر مجبرة عضلت أى منعها أبوها من النكاح فرفعت أمرها للحاكم فزوجها. الثالثة: بكر زوجت بعَرْضٍ، وهى من قوم لا يزوجون به وليست مجبرة سواء كان كل الصداق أو بعضه. الرابعة: بكر زوجت برق بأن زوجت بعبد. الخامسة: بكر زوجت بزوج ذى عيب لها فيه خيار كجنون وجذام، ولو مجبرة. السادسة: بكر يتيمة. السابعة: بكر غير مجبرة افتيت عليها بأن تعدى عليها وليها غير المجبر فعقد عليها بغير إذنها ثم وصل لها الخبر

---
(١) بدائع الصنائع: ٢/٢٤١ - ٢٤٥، بتصرف.

فرضيت بذلك - فلابد من إذنها بالقول[١].

مذهب الشافعية:

الولى نوعان: ولى مجبر، وولى غير مجبر، أما الولى المجبر فيشترط لصحة الإجبار شروط:

الأول: أن لا يكون بينه وبينها عداوة ظاهرة كما مر، **والثانى:** أن يزوجها من كفء، **والثالث:** أن يزوجها بمهر مثلها، **والرابع:** أن يكون من نقد البلد، **والخامس:** أن لا يكون الزوج معسرًا بالمهر، **والسادس:** أن لا يزوجها بمن تتضرر بمعاشرته كأعمى وشيخ هرم، **والسابع:** أن لا يكون قد وجب عليها الحج، فإن الزوج قد يمنعها؛ لكون الحج على التراخى ولها غرض فى تعجيل براءة ذمتها. قاله ابن العماد، وهل هذه الشروط المذكورة شروط لصحة النكاح بغير الإذن، أو لجواز الإقدام فقط؟ فيه ما هو معتبر لهذا وما هو معتبر لذلك؛ فالمعتبر للصحة بغير الإذن أن لا يكون بينها وبين وليها عداوة ظاهرة، وأن يكون الزوج كفئًا وأن يكون موسرًا بمال الصداق، وليس هذا مفرعًا على اعتبار كون اليسار معتبرًا فى الكفاءة كما هو رأى مرجوح كما قاله الزركشى، بل لأنه بخسها حقها. وما عدا ذلك شروط لجواز الإقدام، قال الولى العراقى: وينبغى أن يعتبر فى الإجبار أيضا انتفاء العداوة بينها وبين الزوج.

ثم قال عن ولاية غير الإجبار: يستحب استئذان البكر إذا كانت مكلفة لحديث مسلم: **«والبكر يستأمرها أبوها»**[٢] وتطييبًا لخاطرها، أما غير المكلفة فلا إذن لها، ويسن استفهام المراهقة، وأن لا يزوج الصغيرة حتى تبلغ، وليس للولى تزويج موليته الثيب البالغة، وإن عادت بكارتها كما صرح به أبو خلف الطبرى فى شرح المفتاح إلا بإذنها لخبر الدارقطنى: أن رسول الله ﷺ قال: **«الثيب أحق بنفسها من وليها، والبكر يزوجها أبوها»**[٣] وخبر: **«لا تنكحوا الأيامى حتى تستأمروهن»**[٤]؛ ولأنها عرفت مقصود النكاح فلا تجبر بخلاف البكر، فإن كانت تلك الثيب صغيرة غير مجنونة لم تزوج سواء احتملت الوطء أم لا حتى تبلغ؛ لأن إذن الصغيرة غير معتبر فامتنع تزويجها إلى البلوغ[٥].

مذهب الحنابلة:

الولى نوعان: ولى مجبر، وولى غير مجبر، أما عن الولى المجبر:

فإن نكاح الأب البكر الصغيرة جائز إذا زوجها من كفؤ، ويجوز له تزويجها مع كراهيتها وامتناعها، وأما البكر البالغة العاقلة فعن أحمد روايتان: **إحداهما**: له إجبارها على النكاح وتزويجها بغير إذنها كالصغيرة؛ لما روى عن ابن عباس: قال رسول الله ﷺ: **«الأيم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن وإذنها صماتها»**[٦]

(١) حاشية الدسوقى مع الشرح الكبير: ٢/٢٢١ - ٢٢٧ بتصرف.

(٢) أخرجه مسلم: كتاب النكاح - باب استئذان الثيب فى النكاح بالنطق والبكر بالسكوت.

(٣) رواه مسلم كتاب النكاح باب استئذان الثيب فى النكاح بالنطق والبكر بالسكوت، والنسائى كتاب النكاح باب استئمار الأب البكر فى نفسها.

(٤) رواه الدارقطنى كتاب النكاح ٣/٢٢٩ والبيهقى فى الكبرى، باب النكاح باب ما جاء فى إنكاح اليتيمة.

(٥) مغنى المحتاج: ٣/١٤١، ١٤٢، بتصرف.

(٦) رواه مالك فى الموطأ، كتاب النكاح، باب استئذان البكر والأيم فى أنفسهما، ومسلم كتاب النكاح، باب استئذان الثيب فى النكاح بالنطق والبكر بالسكوت.

فلما قسم النساء قسمين، وأثبت الحق لأحدهما دل على نفيه عن الآخر وهى البكر فيكون وليها أحق منها بها ودل الحديث على الاستئمار ههنا والاستئذان مستحب فى حديثهم ليس بواجب كما روى ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ: «آمروا النساء فى بناتهن»،[١] وحديث التى خيرها رسول الله مرسل، ويحتمل أنها التى زوجها أبوها من ابن أخيه ليرفع بها خسيسته فتخييرها لذلك، ولأن ما لا يشترط فى نكاح الصغيرة لا يشترط فى نكاح الكبيرة كالنطق. والرواية الثانية: أنه ليس للأب أن يجبر ابنته على النكاح، لما روى أبو هريرة «أن النبى ﷺ قال: «لا تنكح الأيم حتى تستأمر ولا تنكح البكر حتى تستأذن فقالوا يا رسول الله فكيف إذنها؟ قال: أن تسكت»[٢][٣].

أما الولى غير المجبر فليس لغير الأب إجبار كبيرة ولا تزويج صغيرة جدا كان أو غيره؛ لقول النبى ﷺ: «تستأمر اليتيمة فى نفسها فإن سكتت فهو إذنها إن أبت فلا جواز عليها»[٤]، وروى عن ابن عمر: أن قدامة بن مظعون زوج ابنة أخيه عثمان فرفع ذلك إلى النبى ﷺ فقال: «إنها يتيمة ولا تنكح إلا بإذنها»[٥] واليتيمة الصغيرة التى مات أبوها، ولأن غير الأب قاصر الشفقة، فلا يلى نكاح الصغيرة كالأجنبى، وغير الجد لا يلى مالها فلا يستبد بنكاحها كالأجنبى، ولأن الجد يلى بولاية غيره، فأشبه سائر العصبات؛ وفارق الأب فإنه يدلى بغير واسطة ويسقط الإخوة والجد ويحجب الأم عن ثلث المال إلى ثلث الباقى فى زوج وأبوين أو زوجة وأبوين[٦] .. ثم قال: ولا نعلم خلافًا فى استحباب استئذانها، فإن النبى ﷺ قد أمر به ونهى عن النكاح بدونه وأقل أحوال ذلك الاستحباب، ولأن فيه تطييب قلبها وخروجًا من الخلاف، وقالت عائشة سألت رسول الله ﷺ عن الجارية ينكحها أهلها أتستأمر أم لا؟ فقال لها رسول الله: «نعم تستأمر»، وقال: استأمروا النساء فى أبضاعهن، فإن البكر تستحى فتسكت فهو إذنها»[٧]، ويستحب استئذان المرأة فى تزويج ابنتها لقول النبى ﷺ: «آمروا النساء فى بناتهن»[٨]، ولأنها تشاركه فى النظر لابنتها وتحصيل المصلحة لها بشفقتها عليها، وفى استئذانها تطييب قلبها، وإرضاء لها فتكون أولى[٩].

هذا عن البكر أما الثيب فتنقسم قسمين: كبيرة وصغيرة فأما الكبيرة فلا يجوز للأب ولا لغيره تزويجها إلا بإذنها فى قول عامة أهل العلم. القسم الثانى: الثيب الصغيرة وفيها وجهان: أحدهما: لا يجوز تزويجها وهو ظاهر قول الخرقى؛ لأن الإجبار يختلف بالبكارة والثيوبة لا بالصغر والكبر وهذه ثيب، ولأن فى تأخيرها

(١) أخرجه أبو داود كتاب النكاح باب فى الاستئمار، وعبد الرزاق فى مصنفه كتاب النكاح باب ما يكره عليه من النكاح فلا يجوز.
(٢) أخرجه البخارى فى كتاب النكاح، باب لا يُنكحُ الأب وغيرُ البكر والثيب إلابرضاهما ومسلم كتاب النكاح باب استئذان الثيب فى النكاح بالنطق والبكر بالسكوت.
(٣) المغنى: ٧/٢٧٢ - ٢٨٢. بتصرف وإيجاز.
(٤) رواه أبو داود كتاب النكاح، باب الاستئمار والنسائى كتاب النكاح باب البكر يزوجها أبوها وهى كارهة.
(٥) الدارقطنى، كتاب النكاح: ٣/٢٣٠.
(٦) المغنى: ٧/٢٨٢، ٢٨٣ بتصرف وإيجاز.
(٧) سنن النسائى كتاب النكاح، باب إذن البكر.
(٨) سبق تخريجه.
(٩) المغنى: ٧/٢٨٤ بتصرف.

فائدة وهو أن تبلغ فتختار لنفسها، ويعتبر إذنها فوجب التأخير بخلاف البكر. الوجه الثانى: أن لأبيها تزويجها ولا يستأمرها. اختاره أبو بكر وعبد العزيز؛ لأنها صغيرة فجاز إجبارها كالبكر والغلام يحقق ذلك أنها لاتزيد بالثيوبة على ما حصل للغلام بالذكورية، ثم الغلام يجبر إذا كان صغيرًا فكذا هذه والأخبار محمولة على الكبيرة، فإنه جعلها أحق بنفسها من وليها والصغيرة لاحق لها. ويتخرج وجه ثالث: وهو أن ابنة تسع سنين يزوجها وليها بإذنها ومن دون ذلك على ما ذكرنا من الخلاف، لما ذكرنا فى البكر[١].

مذهب الظاهرية:

الولى نوعان: ولى مجبر، وولى غير مجبر، أما الولى المجبر: فللأب أن يزوج ابنته الصغيرة البكر ما لم تبلغ بغير إذنها ولاخيار لها إذا بلغت.

وأما الولى غير المجبر: فإن كانت المرأة ثيبًا من زوج مات عنها أو طلقها لم يجز للأب ولا لغيره أن يزوجها حتى تبلغ، ولا إذن لها قبل أن تبلغ، وإذا بلغت البكر والثيب لم يجز للأب ولا لغيره أن يزوجها إلا بإذنها، فإن وقع فهو مفسوخ أبدا، فأما الثيب فتنكح من شاءت، وإن كره الأب، وأما البكر فلا يجوز لها نكاح إلا باجتماع إذنها وإذن أبيها، وأما الصغيرة التى لا أب لها فليس لأحد أن ينكحها لا من ضرورة ولا من غير ضرورة حتى تبلغ، ولا لأحد أن ينكح مجنونة حتى تفيق وتأذن إلا الأب فى التى تبلغ وهى مجنونة فقط؛ والحجة فى إجازة إنكاح الأب ابنته الصغيرة البكر إنكاح أبى بكر رضي الله عنه النبى ﷺ من عائشة - رضى الله عنها - وهى بنت ست سنين، وهذا أمر مشهور، فمن ادعى أنه خصوص لم يلتفت؛ لقول الله عز وجل **﴿لقد كان لكم فى رسول الله أسوة حسنة لمن كان يرجو الله واليوم الآخر﴾**[٢] فكل ما فعله عليه الصلاة والسلام فلنا أن نتأسى به فيه إلا أن يأتى نص بأنه له خصوص، فإن قال قائل فان هذا فعل منه عليه الصلاة والسلام وليس قولاً فمن أين خصصتم البكر دون الثيب والصغيرة دون الكبيرة، وليس هذا من أصولكم؟ قلنا: نعم إنما اقتصرنا على الصغيرة البكر للخبر الذى رُويناه عن ابن عباس - رضى الله عنهما -: أن النبى ﷺ قال: **«الثيب أحق بنفسها من وليها والبكر يستأذنها أبوها فى نفسها وإذنها صماتها»**[٣] فخرجت الثيب صغيرة كانت أو كبيرة بعموم هذا الخبر، وخرجت البكر البالغ به أيضًا؛ لأن الاستئذان لا يكون إلا للبالغ العاقل، فإن قيل: فلم لم تجيزوا إنكاح الجد لها كالأب، قلنا: لقول الله تعالى: **﴿ولا تكسب كل نفس إلا عليها﴾**[٤] فلم يجز أن يخرج من هذا العموم إلا ما جاء به الخبر فقط، وهو الأب الأدنى، ولا يجوز للأب ولا لغيره إنكاح الصغير الذكر حتى يبلغ. فان فعل فهو مفسوخ أبدًا، وأجازه قوم، ولا حجة لهم إلا

(١) المغنى: ٧/٣٨٥، ٣٨٦ بتصرف.

(٢) سورة الأحزاب، الآية: ٢١.

(٣) سبق تخريجه.

(٣) سورة الأنعام، الآية: ١٦٤.

قياسه على الصغيرة. وقول الله عز وجل: ﴿**ولا تكسب كل نفس إلا عليها**﴾[١] مانع من جواز عقد أحد على أحد إلا أن يوجب إنفاذ ذلك نص قرآن أو سنة ولا نص ولا سنة فى جواز إنكاح الأب لابنه الصغير[٢].

مذهب الزيدية:

الولى نوعان ولى مجبر، وولى غير مجبر، أما الولى المجبر: فللأب إجبار الصغيرة، ولا خيار إذا بلغت إلا عن قوم انقرض خلافهم، دليلنا: أنه لم يخير ﷺ عائشة، ولها فسخ عقد الجد كسائر الأولياء، قال الناصر والمؤيد بالله: بل هو كالأب لتسميته أبا، حيث قال الله تعالى ﴿**ملة أبيكم إبراهيم**﴾[٣]؛ والعلة فى الإجبار الصغر لمناسبته، وللإمام وسائر الأولياء إجبار الصغيرة كالأب، لكن تخير إذا بلغت لنزول: ﴿**ويستفتونك فى النساء**﴾[٤] نهيًا لأولياء النساء اليتامى عن نكاحهن إلا مع إيفاء مهورهن، وإذا جاز للأولياء جاز لغيرهم، إذ لم يفرق أحد.

وأما الولى غير المجبر فقد قال العترة: لا إجبار للبكر البالغة، لقوله ﷺ: «**فإن أبت فلا إجبار عليها**»[٥]، فقد صرح صلى الله عليه وآله وسلم بنفى الإجبار، وقد رد صلى الله عليه وآله وسلم نكاح بالغة شكت أن أباها أجبرها، ولا تجبر الثيب البالغة إجماعًا؛ لقوله صلى الله عليه وآله وسلم: «**ليس للولى مع الثيب أمر**»[٦] ونحوه، ولا يجبر البكر غير أبيها إجماعًا، لقوله صلى الله عليه وآله وسلم «**اليتيمةُ تُستأمَر**»[٧]، قال الهادى: وندب تقديم المؤاذنة لقوله صلى الله عليه وآله وسلم «**لا تنكح البكر حتى تستأمر**»[٨] قلنا: فإن عقد قبلها كان موقوفًا، ويجوز إجبار الصغيرة الثيب كالبكر؛ إذ العلة الصغر لما مر، ولا خيار لها مطلقًا مع الأب فقط، وقال زيد بن على: بل والجد، وللأب تزويج الابن الصغير، لفعل عبدالله بن عمر - رضى الله عنهما - وهو توقيف قال الإمام يحيى: بل الصحة مترتبة على المصلحة، قلنا: فيلزم فى الصغيرة، قال أبو العباس: ولا يختص الأب بذلك، بل لأوليائه إنكاحه كما لو كان أنثى، ويخير متى بلغ كالبنت، قال الإمام يحيى: والمجنون المطبق كالصغير، تعتبر المصلحة، والسفيه والمعتوه يزوجه وليه حتما إن طلب، كإنفاقه من ماله، وله أن يأذن له، إذ هو ممن يصح عقده كطلاقه فإن امتنع وليُّه فعقد لنفسه فوجهان: لا يصح كالصغير، ويصح كمن امتنع غريمه على دينه فأخذ من ماله.

قلت: الأقرب أن هذا لغير المذهب فأما التخيير فحكمه فيه كحكم الثيب[٩].

---

(١) سورة الأنعام: من الآية (١٦٤)..
(٢) المحلى: ٩/٤٥٨ - ٤٦٣، بتصرف وإيجاز.
(٣) سورة الحج، الآية: (٧٨).
(٤) سورة النساء، الآية: (١٢٧).
(٥) سبق تخريجه.

(٦) أخرجه أبو داود كتاب: باب فى الثيب، والنسائى كتاب النكاح، باب استئذان البكر فى نفسها.
(٧) أخرجه أبو داود كتاب النكاح باب له الثيب، والترمذى كتاب النكاح ، باب إكراه اليتيم على التزوج.
(٨) سبق تخريجه.
(٩) البحر الزخار: ٣/٥٦ - ٥٨ بتصرف وإيجاز.

مذهب الإمامية:

الولى نوعان: ولى مجبر، وولى غير مجبر، أما الولى المجبر:

فإن البكر إذا كانت كبيرة فالظاهر فى الروايات أن للأب والجد أن يجبراها على النكاح، ويستحب لهما أن يستأذناها وإذنها صماتها، فإن لم تفعل فلا حاجة بهما إليه، وقال قوم من أصحابنا: ليس لوليها أن يجبرها على النكاح كالثيب الكبيرة، دليل قولنا قول الله عز وجل **﴿وأنكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم﴾**(١) والأيم التى لازوج لها بكرًا كانت أو ثيبًا، فالظاهر أن له إجبار الكل؛ لأنه لم يفرق بين الصغيرة والكبيرة، فوجب حمل الآية على عمومها إلى أن يقوم دليل على تخصيصها، وروى ابن عباس - رضى الله عنهما - قال: قال رسول الله ﷺ: **«الثيب أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأذن فى نفسها وإذنها صماتها»**(٢)، وعن أبى عبدالله عليه السلام قال: إذا كانت الجارية بين أبويها فليس لها مع أبويها أمر، وإذا كانت قد تزوجت، لم يزوجها إلا برضا منها، وروى عنه أيضًا: فى الجارية يزوجها أبوها بغير رضا منها، قال: ليس لها مع أبيها أمرٌ إذا انكحها جاز نكاحها وإن كانت كارهة، وروى عن عبدالله بن الصلت قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن الجارية الصغيرة يزوجها أبوها ألها أمر إذا بلغت قال: لا. وسألته عن البكر إذا بلغت مبلغ النساء ألها مع أبيها أمر فقال: ليس لها مع أبيها أمر ما لم تثيب(٣)، والثيب إذا كانت صغيرة قد ذهبت بكارتها إما بالزوج أو بغيره قبل البلوغ جائز لأبيها أن يعقد عليها، ولجدها مثل ذلك قبل البلوغ، وحكمها حكم الصغير والبكر، ودليلنا على ذلك: إجماع الفرقة؛ لأنهم رووا الأخبار التى تنص على أن الصغيرة ليس لها مع أبيها أمر ولم يفصلوا، وروى عبدالله بن الصلت قال: سألت الرضا عن الجارية الصغيرة يزوجها أبوها ألها أمر؟ إذا بلغت؟ قال: لا.، وروى عن رسول الله ﷺ أنه قال: **«لا نكاح إلا بولى»**(٤) وهذا نكاح بولى فوجب أن يكون صحيحًا.

وأما الولى غير المجبر فإذا كانت المرأة قد تزوجت لم يزوجها وليها إلا برضا منها.. ثم قال: من ذهبت عذرتها بالزنا لاتزوج إلا بإذنها إذا كانت بالغة، ويحتاج فى إذنها إلى نطقها.(٥)

مذهب الإباضية:

الولى نوعان ولى مجبر، وولى غير مجبر، أما الولى المجبر:

فجاء فى (شرح النيل): جاء عنه ﷺ: **«البكر تستأمر فى نفسها وإذنها صمتها»**(٦) والبكر هى: من لم تتزوج ولو زالت بكارتها بغاصب أو غيره أو خلقت بلا عذرة، وقوله: **«تستأمر فى نفسها»** أى يطلب منها الأمر والإذن، وقوله: **«وإذنها صمتها»** أى سكوتها، وهذا على إطلاقه، وقيل يكون سكوتها رضى إن قيل لها: إن سكت

(١) سورة النور، الآية: (٣٢).
(٢) سبق تخريجه.

(٣) الخلاف فى الفقه: ٢/١٤٢، ١٤٣.
(٤) سبق تخريجه.
(٥) الخلاف فى الفقه: ٢/١٤٦ بتصرف.
(٦) سبق تخريجه.

فسكوتك رضًا، وعليه الديوان، والحديث فى البكر البالغة العاقلة، فإن الطفلة والمجنونة لا إذن لهما، فضلاً عن أن ينوب صمتهما عنه، وقيل: لابد من استئمار البكر ولو غير بالغة، وأن لها إذنًا وهو ظاهر الحديث، وظاهر الحديث أن البكر لا يزوجها الأب ولا غيره إلا باستئمار، وصرحت بذلك رواية: «لا تنكح البكر حتى تستأذن»[1] فإن وقع وأنكرت بطل، وبه قلنا، إلا ابن عباد رحمه الله، فإنه كأهل المدينة يقول: عقد الأب ماض عليها ولو ردته، وعنه ﷺ: «أمر النساء إلى آبائهن ورضاهن السكوت»[2] وهذا يدل على أنه لابد من رضاهن ولو كان المزوِّج أبًا، لأنه قال: رضاهن السكوت فذكر الرضا، وقيل فى البكر: أو زوجها وليها جاز عليها، ولا إنكار لها، ويزوج الأب البكر الطفلة، وشذ المانع، ولا يقدم للعقد على البكر إلا بعد رضاها للرواية المذكورة، فإن وقع قبل استئذانها رد الأمرُ إليها بعد ذلك، هذا مراد أصحابنا، وإنما جعل سكوتها رضاها لأنها قد تستحيى أن تفصح، ومثل السكوت الضحك والبكاء، والصيحة. ومن ولدت بلا عذرة، فكالبكر فى الحكم. والمغلوبة على نفسها فأزيلت عذرتها كالثيب فى الصداق، والتى زالت عذرتها بوثبة أو ماء أو ركوب أو زنا كالبكر فى الرضا.

وأما الولى غير المجبر فقد جاء فى [شرح النيل]: الثيب تعرب عن نفسها فى أحاديث، والثيب تعرب أى: تفصح عن نفسها تقول: لا أو نعم، وهى من زالت بكارتها فقط، ولكن ألحق بها من دخل عليها زوجها، ومن طلقت فى مجلس العقد ونحو ذلك، والتى نكحت فاسدًا ومسَّها، أو نكحت فى طفوليَّة ثم فارقته وبلغت فحكمها كالثيب، وقيل: لا يلحق هؤلاء بالثيب بل هن بكر ما لم تزل بكارتها مطلقًا، وثيب إذا أزيلت على الإطلاق، أو وُلِدَت بدونها، وإذا منعت الثيب لم يمض عليها فعل الولى مطلقا عندنا. والحديث فى الثيب البالغة العاقلة، وأما الثيب الطفلة فيزوجها الأب كالبكر عندنا؛ لقوله ﷺ: «الأيم احق بنفسها من وليها والبكر تستأذن فى نفسها وإذنها صماتها»[3]، وقوله ﷺ «لا تنكح الأيم»[4] أى الثيب كما رواه الحسن بلفظ الثيب «حتى تستأمر ولا تنكح البكر حتى تستأذن»[5]، وقوله ﷺ: «استأمروا النساء فى أمرهن فإن الثيب لا تنكح حتى تستأمر والبكر تستأذن وإذنها صموتها»[6]، وقوله ﷺ: «استأمروا النساء فى أبضاعهن والحقوهن بأهوائهن»[7] والمعنى: اطلبوا منهن الإذن فى فروجهن بأن تقولوا: هل تريدين التزوج؟ أو هل تريدين التزوج بفلان؟ فإن أنعمت فذاك، وإذا ذكر لها الولى أحدًا فهوت غيره ممن هو لها كفؤ ويصلح لها فلا يمنعها[8].

ثانيًا: الولاية فى النكاح بالنظر إلى السبب

مذهب الحنيفة:

جاء فى (بدائع الصنائع): الولاية فى باب أنواع النكاح أنواع أربعة: ولاية الملك، وولاية القرابة،

(١) سبق تخرجه.
(٢) سبق تخرجه.
(٣) سبق تخرجه.
(٤) سبق تخرجه.
(٥) سبق تخرجه.
(٦) سبق تخرجه.
(٧) سبق تخرجه.
(٨) شرح النيل: ١٠/١٢٤ وما بعدها.

وولاية الولاء، وولاية الإمامة، أما ولاية الملك: فسبب ثبوتها الملك؛ لأن ولاية الإنكاح ولاية نظر، والملك داع إلى الشفقة والنظر فى حق المملوك، وأما شرائط ثبوت هذه الولاية فمنها: عقل المالك، ومنها بلوغه، ومنها الملك المطلق، وهو أن يكون المولى عليه مملوكًا للمالك رقبة ويدًا، وأما ولاية القرابة: فسبب ثبوتها هو أصل القرابة وذاتها لا كمال القربة، وعلى هذا يبنى أن لغير الأب والجد كالأخ والعم ولاية الإنكاح عندنا لقوله تعالى: ﴿وأنكحوا الأيامى منكم﴾(١) هذا خطاب لعامة المؤمنين، لأنه بنى على قوله تعالى: ﴿وتوبوا إلى الله جميعًا أيه المؤمنون لعلكم تفلحون﴾(٢) ثم خص منه الأجانب فبقيت الأقارب تحته إلا من خص بدليل، وشرطها: عجز المولى عليه عن تحصيل النظر بنفسه مع حاجته إلى التحصيل؛ لأن مصالح النكاح مضمَّنَةٌ تحت الكفاءة، والكفء عزيز الوجود، فيحتاج إلى إحرازه للحال، لاستيفاء مصالح النكاح بعد البلوغ، وفائدتها وقوعها وسيلة إلى ما وضع النكاح له. أما شرائط ثبوت هذه الولاية فنوعان فى الأصل: نوع هو شرط ثبوت أصل الولاية، ونوع هو شرط التقدم، أما شرط ثبوت أصل الولاية فأنواع: بعضها يرجع إلى الولى وبعضها يرجع إلى المولى عليه، وبعضها يرجع إلى نفس التصرف.

أما الذى يرجع إلى الولى فأنواع منها: عقل الولى، ومنها بلوغه، ومنها أن يكون ممن يرث الخُرُوج، لأن سبب ثبوت الولاية والوراثة واحد وهو القرابة وكل من يرثه يلى عليه، ومن لا يرث لا يلى عليه، وهذا يطرد على أصل أبى حنيفة خاصة وينعكس عند الكل، وأما كون المولى من العصبات فهل هو شرط ثبوت الولاية أم لا؟ فنقول: - وبالله التوفيق - جملة الكلام فيه أنه لا خلاف فى أن للأب والجد ولاية الإنكاح إلا شىء يحكى عن عثمان البتىّ وابن شبرمة أنهما قالا: ليس لهما ولاية التزويج. أما ولاية الولاء فسبب ثبوتها الولاء، قال النبى ﷺ: «الولاء لحُمَةٌ كَلُحْمَةِ النسب»(٣) ثم النسب سبب لثبوت الولاية كذا الولاء، والولاء نوعان: ولاء عتاقة، وولاء موالاة. أما ولاء العتاقة: فولاية العتاقة نوعان: ولاية حتم وإيجاب، وولاية ندب واستحباب عند أبى حنيفة. وعند محمد ولاية استبداد وولاية شركة. وشرط هذه الولاية: ما هو شرط ثبوت تلك الولاية إلا أن هذه الولاية اختصت بشرط، وهو أن لا يكون للمعتق عصبة من جهة القرابة، فإن كان فلا ولاية للمعتق؛ لأنه لا ولاء له؛ لأن مولى العتاقة آخر العصبات وإن لم يكن ثمة عصبة من جهة القرابة فله أن يزوج سواء كان المعتق ذكرًا أو أنثى. وأما مولى الموالاة فله ولاية التزويج فى قول أبى حنيفة عند استجماع سائر الشرائط وانعدام سائر الورثة؛ لأنه آخر الورثة. وعند أبى يوسف ومحمد ليس له ولاية التزويج أصلاً ورأسا؛ لأن العصوبة شرط عندهما ولم توجد. وأما ولاية الإمامة فسببها الإمامة، وولاية الإمامة نوعان أيضًا كولاية القرابة وشرطها ما هو شرط تلك الولاية فى النوعين جميعًا ولها شرطان آخران أحدهما: يعم النوعين جميعًا وهو:

(١) سورة، الآية: (٣٢).
(٢) سورة النور، الآية: (٣١).
(٣) أخرجه البيهقى فى السنن الكبرى ٦/ ٢٤٠، الدارمى فى كتاب الفرائض، باب، بيع الولاء..

أن لا يكون هناك ولى أصلاً؛ لقوله: «السلطان ولى من لا ولى له»[١]. والثانى يخص أحدهما ولاية الندب والاستحباب أو ولاية الشركة على اختلاف الأصل وهو: العضل من الولى[٢].

مذهب المالكية:

جاء فى (التاج والإكليل): نقلاً عن التلقين: الولاية ولايتان: خاصة وهى أربعة أوجه: بنسب أو خلافة نسب، أو ولاء، أو سلطان، وأما العامة فهى: ولاية الدين وهى جائزة مع تعذر الولاية الخاصة، قال أبو عمر: وهى للمسلمين الأحرار هم فى النكاح بعضهم أولياء بعض[٣].

وجاء فى (شرح مختصر خليل للخرشى): أن أسباب الولاية هى خمسة: الأبوة والتعصيب والإيصاء والكفالة والسلطنة[٤]؛ أما الأبوة فالمراد منها الأب الشرعى لا مطلق من خلقت من مائه؛ لأن الأب الزانى لا عبرة به[٥].

وأما التعصيب فكالبنوة، والأخوة والجدود والعمومة، ولا تفيد ولاية التعصيب إلا تزويج العاقلة البالغة برضاها، والبلوغ المعتبر فى ذلك هو الحيض، قال ابن حبيب - رحمه الله تعالى-: أوبلوغ ثمانى عشرة سنة، واختلف فى الإنبات[٦].

وأما الإيصاء فى النكاح فقسمان: هما وصى أمره الأب بالإجبار فلا خلاف فى أن له ذلك وينزل منزلة الأب فى حياته ومماته، سواء كان الأمر بالإجبار صريحًا، أو تضمنا بأن يقول له: زوِّجها قبل البلوغ أو بعده، أو عين الأب له الزوج كزوجها من فلان، وسواء أطلق أو قيد كزوِّجها منه إذا بلغت أو بعد كذا من السنين، وإن لم يُعَيِّن الزوج للوصى ولا أمره بالإجبار بل أوصاه بالإنكاح فقال اللخمى: له جبرُها، وقال عبد الوهاب: ليس له جبرها بل هو أحق من الأولياء فى البكر البالغ بإذنها، وهو كأحدهم فى الثيب أى أن: الوصى على النكاح ولى فى الثيب البالغ غير الرشيدة كأحد الأولياء لا يزوجها إلا برضاها. قاله عبدالوهاب - رحمه الله تعالى[٧].

وأما الولى بسبب الملك فهو المالك المسلم فى أمته وعبده، سواء كان هذا المالك ذكرًا أو أنثى، لكن الأنثى توكل من يعقد، وولاية المالك أقوى من ولاية الأب فى التصرف؛ لأن المالك يجبر الصغيرة والكبيرة والبكر والثيب والمجنونة وغيرها والذكر والأنثى؛ لأنهما مال من أمواله فله أن يصلح ماله بأى وجه شاء[٨].

أما الولاية بسبب الكفالة فذلك أن الكافل الذكر إذا كفل صبية ورباها إلى أن بلغت عنده فله تزويجها برضاها، والمراد بالمكفولة هنا من مات أبوها أو غاب أهلها، واختلف الأشياخ فى حد زمن الكفالة التى يكون للكافل الولاية بها على الصبية فقال بعض الموثقين: عشرة أعوام، وقال أبو محمد: صالح أربعة أعوام وذلك أقل الكفالة وقال أبو الحسن: لا حد لها، وإنما المقصود منها إظهار الشفقة والحنان على الصبية وأن ذلك يورث له عقد نكاحها، والمراد بالكافل القائم بأمورها، ولو أجنبيًا لا مَنْ يستحق الحضانة

(١) سبق تخريجه.
(٢) بدائع الصنائع: ٢/٢٥٢ بتصرف وإيجاز.
(٣) التاج والإكليل: ٣/٤٢٩ بتصرف.
(٤) شرح مختصر خليل للخرشى: ٣/١٧٧، بتصرف.
(٥) السابق: ٣/١٨٠، بتصرف.
(٦) مواهب الجليل: ٣/٤٢٨.
(٧) شرح الخرشى: ٣/ ١٧٧، ١٧٨، بتصرف.
(٨) السابق: ٣/١٧٤، ١٧٥، بتصرف.

شرعًا، وإتيان المؤلف بالوصف مذكرًا مشعرٌ بإخراج الكافلة فلا ولاية لها وهو المذهب وظاهر (المدوَّنة) أن ولاية الكافل في نكاح مكفولته مقصورة على الدنيئة دون الشريفة التي لها قدرٌ.

أما ولاية الحاكم، وهو القاضي فتكون متأخرة عن مرتبة من ذكر من الولاية الخاصة أي: إن لم يكن أحد ممن تقدم من الأولياء زوَّجها القاضي بعد أن يثبت عنده ما يجب إثباته، وإنما تأخرت مرتبة الحاكم عن مرتبة المولى، لقوله عليه الصلاة والسلام: «الولاء لحمَةٌ كَلُحْمَةِ النَّسبِ»(١) وقال الجَزُولِي وغيره: يزوجها الحاكم بعد أن يثبت عنده صحتها وأنها غير مُحْرِمةٍ ولا مُحَرَّمة وأنها بالغة حرة لا ولى لها أو لها ولى وعضلها أو غاب، وخُلُوُّها من زوج وعدة ورضاها بالزوج، وأنه كفؤها في الدين والحرية والنسب والحال والمال والصداق وأنه مهر مثلها في غير المالكة أمر نفسها وبكارتها أو ثيوبتها، وإن كانت غير بالغة فيثبت عنده فقرها وبلوغها عشرة أعوام فأكثر.

أما الولاية العامة - وهي ولاية الإسلام - فلا تختص بشخص دون آخر، بل لكل أحد فيها مدخل لقوله تعالى: ﴿والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض﴾(٢) سواء كانت المرأة شريفة أو دنيئة، فلو عقد النكاح بالولاية العامة في امرأة دنيئة كمُعْتَقَةٍ مع وجود الولي الخاص وهو غير مجبر فالمشهورُ - وهو قول ابن القاسم - أن النكاح صحيح، ولو أن المرأة الشريفة صاحبة القدر والمال والجاه والنسب عقد نكاحها بالولاية العامة مع وجود الخاص وهو غير مجبر، فإن لم يعثر على ذلك إلا بعد أن دخل بها زوجها فالمشهور - وهو قول ابْن القاسم - أن النكاح صحيحٌ، ولو أن المرأة الشريفة صاحبة القدر والمال والجاه والنسب عُقد نكاحها بالولاية العامة مع وجود الخاص وهو غير مجبر، وطال مكثها معه كالسنين الكثيرة أو ولدت الأولاد فإن نكاحها لايفسخ حينئذ فالولد الواحد والولدان، والسنة والسنتان لا يكونان طولاً، وللولي الأقرب حينئذ رد النكاح، وإجازته وكذلك الحاكم إن لم يكن لها ولي أو كان لها ولي ولكن غاب غيبة بعيدة له رده وإجازته، وأما إن كان وليها غائبًا غيبة قريبة فإنه يكتب إليه - قاله اللخمي - ويوقف الزواج عنها، ولو عقد على الشريفة بالولاية العامة مع وجود الولي الخاص غير المجبر وطال الزمان بعد العقد وقبل الدخول فهل يتحتم الفسخ أولا يتحتم؟ ويخير الولي بين الإجازة والرد، ولا فرق على هذا التأويل بين عدم الطول قبل البناء أو بعده أي أن الولي مخير في الرد وعدمه؛ لقول ابن القاسم - رحمه الله تعالى - في المدونة إن أجازه الولي بالقرب جاز سواء دخل أم لا، وإن أراد فسخه بحدثان الدخول فذلك له وأما إن طالت إقامتها معه، وولدت الأولاد أمضيته إن كان صوابًا، قاله مالك - رحمه الله تعالى - وقال غير ابن التبان وهو ابن سعدون: الولي مخير في الإجازة والرد إن طال الزمان قبل الدخول(٣).

مذهب الشافعية:

جاء في (نهاية المحتاج): لا يزوج ابن ببنوة خلافًا للمزني لعدم المشاركة بينهما في النسب، فلا يعتني بدفع العار عنه، ولهذا لا يزوج الأخ للأم، وأما قول أم سلمة لابنها عمر: قم فزوج رسول الله ﷺ»(٤)؛ فإن أريد به عمر المعروف لم

(١) سبق تخريجه.
(٢) سورة التوبة، الآية: (٧١).
(٣) شرح الخرشي: ٣/ ١٨١ -١٨٣ بتصرف.
(٤) سنن النسائي- كتاب النكاح، باب إنكاح الابن أمه.

يصح، لأن سنه حينئذ كان نحو ثلاث سنين فهو طفل لا يزوِّج، فالظاهر أن الرواى وهم، وأن المراد به عمر بن الخطاب ﷺ؛ لأنه من عصبتها واسمه موافق لابنها فظن الراوى أنه هو(١).

وجاء فى (مغنى المحتاج): اعلم أن أسباب الولاية أربعة: **السبب الأول** الأبوة: وللأب ولاية الإجبار، والجد أبو الأب وإن علا كالأب عند عدمه أو عدم أهليته؛ لأن له ولايةً وعُصُوبة كالأب، ومن على حاشية النسب كأخ وعم لأبوين أو لأب وابن كل منهما لا يزوج صغيرة بحال بكرًا كانت أو ثيبًا عاقلة أو مجنونة؛ لأنها إنما تزوَّج بالإذن وإذنها غير معتبر. **السبب الثانى**: العتق:المعتق وأريد به هنا من له الولاء فيشمل عصبته وهو **السبب الثالث**: لا من باشر العتق فقط. **والسبب الرابع**: السلطان، وأريد به هنا ما يشمل القاضى والمعتق وعصبته والسلطان كالأخ(٢).

وجاء فى (حاشيتى قليوبى وعميرة): أن السلطان يزوج من شملتها ولايته عمومًا وخصوصًا كالقاضى، وإن لم يكن الزوج فى ولايته بأن وكَّل، ولا يزوج الخارجة عن ولايته ولو لمن هو فيها(٣).

مذهب الحنابلة:

أن أسباب الولاية أربعة هى: الأبوة والعصوبة والولاء والسلطان

جاء فى (كشاف القناع): أحق الناس الذين لهم ولاية.

نكاح المرأة الحرة أبوها؛ لأن الولد موهوب لأبيه قال تعالى: ﴿ووهبنا له يحيى﴾(٤)، وقال إبراهيم ﴿**الحمد لله الذى وهب لى على الكبر إسماعيل وإسحاق**﴾(٥)، وقال ﷺ: «**أنت ومالك لأبيك**»(٦) وإثبات ولاية الموهوب له على الهبة أولى من العكس، ولأن الأب أكمل شفقة وأتم نظرًا بخلاف الميراث، ثم أبوه وإن علا؛ لأن الجد له إيلاد وتعصيب أشبه الأب، وأولى الأجداد أقربهم كالميراث، ثم ابنها ثم ابنه وإن سفل، ثم أخوها لأبويها كالميراث، ثم أخوها لأبيها كالإرث ثم بنوها كذلك، فيقدم ابن الأخ لأبوين على ابن الأخ لأب كالميراث ثم بنوهما كذلك وإن نزلوا كالإث، ثم العم لأبوين ثم العم لأب ثم بنوهما كذلك وإن نزلوا الأقرب فالأقرب، ثم أقرب العصبات على ترتيب الميراث؛ لأن الولاية مبناها على النظر والشفقة، ومظنة ذلك القرابة، والأحق بالميراث هو الأقرب فيكون أحق بالولاية، ثم المولى المنعم بالعتق؛ لأنه يرثها ويعقل عنها عند عدم عصبتها من النسب فكان له تزوجها ثم أقرب عصباته فأقربهم على ترتيب الميراث، ثم المولى ثم عصباته كذلك، ثم مولى المولى ثم عصباته كذلك ويقدم هنا ابنه وإن نزل على أبيه؛ لأنه أحق بالميراث وأقوى فى التعصيب، وإنما قدم أب النسب بزيادة شفقته وفضيلة ولادته وهذا معدوم فى أب المعتق فرجع فيه، إلى الأصل، ثم السلطان لما تقدم من قوله ﷺ: «**فالسلطان ولى من لا ولى لها**»(٧) وهو أى السلطان الإمام الأعظم أو نائبه الحاكم ومن فوضنا إليه الأنكحة(٨).

(١) نهاية المحتاج: ٢٢٧/٦ بتصرف.
(٢) مغنى المحتاج: ١٤٢/٢ وما بعدها بتصرف وإيجاز.
(٣) حاشيتا قليوبى وعميرة: ٢٢٥/٣

(٤) سورة الأنبياء، الآية: ٩.
(٥) سورة إبراهيم، الآية: (٣٩).
(٦) سنن ابن ماجه، كتاب التجارات، باب ما للرجل من مال ولده، رقم ٢٢٩١
(٧) سبق تخرجه.

مذهب الظاهرية:

سبب ولاية النكاح: الأبوة والعصوبية والولاء والسلطنة

جاء فى (المحلى): لا يحل للمرأة نكاح ثيبًا كانت أو بكرًا إلا بإذن وليها الأب أو الإخوة أو الجد أو الأعمام أو بنى الأعمام وإن بعدوا فالأقرب فالأقرب أولى، وليس ولد المرأة وليًا لها إلا إن كان ابن عمها، ولا يكون فى القوم أقرب إليها منه، ومعنى ذلك أن يأذن لها فى الزواج، فان أبى أولياؤها من الإذن لها زوجها السلطان وبرهان ذلك قول الله عز وجل: **﴿وأنكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم﴾**(١) وقوله تعالى: **﴿ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا﴾**(٢) وهذا خطاب للأولياء لا النساء(٣).

مذهب الزيدية:

جاء فى (البحر الزخار): ولى النكاح ذو النسب، ثم ذو السبب، ثم الولاية العامة والأصل فيه. قوله تعالى: **﴿بإذن أهلهن﴾**(٤)، وقوله ﷺ: **«لانكاح إلا بولى»**(٥)، والنسب مقدم إجماعا، وهو البنوة ثم الأبوة ثم الإخوة، ثم الأمومة، والبنوة معتبرة إجماعًا، حيث الابن من عصبة الأم. قلت: أو كان ذا ولاية عامة، وكذا لو لم يكن كذلك، إذ قوله تعالى: **﴿وأنكحوا الأيامى منكم﴾**(٦) خطاب للأقارب، وأقربهم الأبناء، ولم يفصل، والأب أولى من الجد، والجد أولى من الأخ لشبهه بالأب تفرعًا وحنوا، فإن عدم ولى النسب اعتبر ولى السبب إجماعًا، لقوله ﷺ **«الولاء لحمة كلحمة النسب»**(٧) وكالميراث. والمعتق أقدم عصباته على الترتيب، ثم معتقه، ثم عصبته كذلك، ومالكة الأمة توكل مَنْ يزوجها، لقوله ﷺ **«النساء لا يزوجن»**(٨) وكذلك عتيقتها؛ إذ ملك الولاء كملك الرقبة، فإن عدما فالإمام أو واليه؛ لقوله ﷺ: **«السلطان ولى من لا ولى لها»**(٩) وكذا إن تشاجر الأولياء، لقوله ﷺ: **«فإن اشتجروا فالسلطان ولى من لا ولى لها»**(١٠) وله أن يزوجها نفسه إن قام بصحة تولى طرفى العقد، وإلا فالحاكم، وإن كن متفرعًا عنه؛ إذ هو وكيل للمسلمين بعد صحة ولايته من الإمام بخلاف وكيله، فإن عُدم وحاكمُه وكُلت، لقوله تعالى: **﴿والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض﴾**(١١) فأثبت لكل مؤمن ولاية، والترتيب اقتضاه(١٢).

مذهب الإمامية:

أن سبب ولاية النكاح: الأبوة، والوصية من الأب، والولاء:

جاء فى (شرائع الإسلام): لا ولاية فى عقد النكاح: لغير الأب، والجد للأب وإن علا، والمولى، والوصى، والحاكم، وهل يشترط فى ولاية الجد بقاء الأب؟ قيل: نعم، مصيرًا إلى رواية لا تخلو

(١) سورة النور، من الآية: ٣٢.
(٢) سورة البقرة، من الآية: ٢٢١.
(٣) المحلى: ٤٥١/٩.
(٤) سورة النساء، من الآية: ٢٥.
(٥) سبق تخريجه.
(٦) سورة النور، من الآية: ٣٢.

(٧) سبق تخريجه.
(٨) الطبرانى فى الأوسط: ٢٣٣/١٠ بمعناه.
(٩) سبق تخريجه.
(١٠) سبق تخريجه.
(١١) سورة التوبة، من الآية: ٧١.
(١٢) البحر الزخار: ٤٦/٣ وما بعدها بتصرف.

من ضعف؛ والوجه أنه لا يُشترط للولى أن يزوج مملوكته، صغيرة كانت أو كبيرة، عاقلة أو مجنونة ولا خيار لها معه، وكذا الحكم فى العبد، وليس للحاكم: ولاية فى النكاح على من لم يبلغ، ولا على بالغ رشيد، ويثبت على من بلغ غير رشيد، أو تجدد فساد عقله، إذا كان النكاح صالحًا له، ولا ولاية للوصى، وإن نص له الموصى على النكاح على الأظهر، وللوصى أن يزوج من بلغ فاسد العقل، إذا كان به ضرورة إلى النكاح، والمحجور عليه للتبذير لا يجوز له أن يتزوج غير مضطر، ولو أوقع كان العقد فاسدًا، وإن اضطر إلى النكاح جاز للحاكم أن يأذن له، سواء عين الزوجة أو أطلق، ولو بادر قبل الإذن، والحال هذه صح العقد[1].

وجاء فى (الخلاف فى الفقه): أن البكر إن كانت كبيرة فالظاهر فى الروايات أن للأب والجد أن يجبرها على النكاح، ويستحب أن يستأذناها، وإذا أوصى الأب إلى غيره أن يزوج بنته الصغيرة صحت الوصية، وكان له أن يزوجها ويكون صحيحًا، سواء عين الأب أو لم يعين؛ لأنه لا مانع من الوصية، والأصل أنه يجوز[2]، وأما الولاء: فقد جاء أنه لا يجوز للعبد أن يتزوج بغير إذن مولاه فإن فعل كان مولاه بالخيار بين إجازته وبين فسخه، للسيد أن يجبر العبد على النكاح؛ لقوله تعالى: ﴿وأنكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم﴾[3]، وللسيد أن يجبر أم ولده على التزويج من غير رضاها؛ لأنها مملوكة والولادة لم تُزِلْ ملكها، فإذا ثبت ذلك كان له أن يجبرها كالأمة فإنه لا خلاف فيها[4].

مذهب الإباضية:

ولاية النكاح تنشأ عن الأبوة، أو العصوبة أو البنوة أو الاستخلاف والتوكيل أو الولاء أو السلطنة:

جاء فى (شرح النيل): أولى الأولياء بالنكاح الأب فالجد للأب، الأقرب فالأقرب؛ لأن الأب أنظر لمصلحة ابنته. وأما العصوبة والبنوة فإن الولاية مبناها على النظر، والحرص على النسب، وهذا متوفر فى هؤلاء غير أن يقدم الأخ الشقيق أو لأب وابن الأخ الشقيق، أو لأب، على الابن كما يرى الأكثرون، وقيل: بل الابن أولى من الأخ وابنه، وعلى ذلك فهو أولى من العم وابنه. وأما الاستخلاف والتوكيل: فللأب أن يستخلف آخر على ابنته ليزوجها، ويصح لهذا الخليفة أن يتولى تزويج اليتيمة التى استخُلف على تزويجها، غير أنه قيل: إنه أولى بالعقد عليها من وليها؛ لأن للأب أن يستخلف من شاء على حفظ بدن ابنته ومالها فكذلك له أن يستخلف من شاء لنكاحها، وقيل: بل الأولى بالعقد عليها وليها وهو الأصح؛ لأن الميت لاحظ له فى التزويج، والتزويج إنما هو حق للنسب فينظر إليه، وقيل: يجتمع الخليفة والولى وهو الأحسن، أو إن كان الولى هو الجد فهو والخليفة سواء، أو يجوز للخليفة تزويجها، ويجوز للولى تزويجها فمن زوجها منهما جاز، والوكيل كالخليفة، ولا تجوز الخلافة والوكالة إلا من الأب، وقيل: تجوزان من غير الأب أيضًا،

(١) شرائع الإسلام: ٢/٢٢١.
(٢) الخلاف فى الفقه: ١٤٢/١٢، بتصرف.
(٣) سورة النور، الآية: ٣٢.
(٤) الخلاف فى الفقه: ١٤٧/٢.

وأما الولاء: فقد جاء أن المراد بالولى فى قول رسول الله ﷺ «أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل»[١] وغيره من الأحاديث: قريب المرأة ومن هو كقريبها، وهو سيد الأمة إذا أراد تزويجها لأحد. وأما السلطنة: فلقول رسول الله ﷺ: «السلطان ولى من لا ولى له»[٢][٣].

ثالثًا: الترتيب بين الأولياء فى النكاح

مذهب الحنفية:

جاء فى (بدائع الصنائع): شرط التقدم فى الولاية شيئان، أحدهما: العصوبة عند أبى حنيفة - رحمه الله تعالى- فتتقدم العصبة على ذوى الرحم سواء كانت العصبة أقرب أو أبعد، وعند صاحبيه - رحمهما الله تعالى - هى شرط ثبوت أصل الولاية. والثانى: قرب القرابة؛ يتقدم الأقرب على الأبعد سواء كان فى العصبات أو فى غيرها على أصل أبى حنيفة، وعلى أصلهما هذا شرط التقدم لكن فى العصبات خاصة بناء على أن العصبات شرط ثبوت أصل الولاية عندهما، وعند عدم العصبات تثبت الولاية لذوى الرحم الأقرب منهم يتقدم على الأبعد، وإنما اعتبر الأقرب فالأقرب فى الولاية؛ لأن هذه ولاية نظر، وإذا عرف هذا فنقول: إذا اجتمع الأب والجد فى الصغير والصغيرة والمجنون الكبير والمجنونة الكبيرة، فالأب أولى من الجد أب الأب؛ لوجود العصوبة والقرب، والجد أب الأب وإن علا أولى من الأخ لأب وأم، والأخ أولى من العم هكذا، وعند أبى يوسف ومحمد الجد والأخ سواء كما فى الميراث، وإن اجتمع الأب والابن فى المجنونة، فالابن أولى عند أبى يوسف، وذكر القاضى فى شرحه مختصر الطحاوى قول أبى حنيفة مع قول أبى يوسف، وروى المعلى عن أبى يوسف أنه قال: أيهما زوَّج جاز وإن اجتمعا قلت للأب زوِّج، وقال محمد: الأب أولى به؛ لأن هذه الولاية تثبت نظر للمولى عليه، وتصرف الأب أنظر لها، وعلى هذا الخلاف إذا اجتمع الجد والابن قال أبو يوسف: الابن أولى، وقال محمد: الجد أولى، فأما الأخ والجد: فهو على الخلاف الذى ذكرنا بين أبى حنيفة وصاحبيه، وأما من غير العصبات: فكل من يرث يزوج عند أبى حنيفة ومَنْ لا فلا، ثم إنما يتقدم الأقرب على الأبعد إذا كان الأقرب حاضرًا أو غائبًا غيبة غير منقطعة، فأما إذا كان غائبا غيبة منقطعة فللأبعد أن يزوج فى قول أصحابنا الثلاثة، وعند زفر لا ولاية للأبعد مع قيام الأقرب بحال.

هذا إذا اجتمع فى الصغير والصغيرة والمجنون الكبير والمجنونة الكبيرة وليان: أحدهما أقرب والآخر أبعد، فأما إذا كانا فى الدرجة سواء كالأخوين والعمين ونحو ذلك، فلكل واحد منهما على حياله أن يزوج رضى الآخر أو سخط بعد أن كان التزويج من كفء بمهر وافر، وهذا قول عامة العلماء[٤]، وأما إذا زوج أحد الأولياء الحرة البالغة العاقلة برضاها من غير كفء بغير رضا الباقين يجوز، وهل يلزم؟ إذا زوَّج أحد الأولياء الحرة البالغة العاقلة برضاها من غير كفء بغير رضا

(١) سبق تخريجه.
(٢) سبق تخريجه.
(٣) شرح النيل: ٣/٦٣ - ٦٨، بتصرف وإيجاز.

(٤) بدائع الصنائع: ٢٤٩ - ٢٥٢ بتصرف.

الباقين يجوز، عند عامة العلماء خلافًا لمالك قال أبو حنيفة، ومحمد: يلزم. وقال أبو يوسف، لا يلزم، لأن الكفاءة حق ثبت للكل على الشركة، وأحد الشريكين إذا سقط حق نفسه لا يسقط حق صاحبه كالدين المشترك، ووجه قول أبى حنيفة ومحمد أن هذا حق واحد لا يتجزأ ثبت بسبب لا يتجزأ، ومثل هذا الحق إذا ثبت لجماعة يثبت لكل واحد منهم على الكمال كأن ليس معه غيره كالقصاص والأمان؛ ولأن إقدامه على النكاح كمال الرأى برضاها مع التزام ضرر ظاهر بالقبيلة وبنفسه، وهو ضرر عدم الكفاءة بلحوق العار والشين دليل كونه مصلحةً فى الباطن، وهو اشتماله على دفع ضرر أعظم من ضرر عدم الكفاءة وهو ضرر عار الزنا أو غيره لولاه لما فعل(١).

مذهب المالكية:

جاء فى (بلغة السالك): أنه عند وجود متعدد من الأولياء يقدم ابن المرأة فى العقد عليها برضاها، ولو كان هذا الابن من زنا، كما إذا ثبت بنكاح صحيح ثم زنت وأتت بولد فيقدم على الأب، وأما إذا ثيبت بزنا وأتت منه بولد فإن الأب يقدم عليه؛ لأنها فى تلك الحالة مجبرة لأب، والراجح أن هذا التقديم واجب غير شرط، وقيل هو مندوب، فلو عقد الأب مع وجود الابن أو ابنه جاز على الابن ولا ضرر، **فأب شرعى** للمرأة إذ مرتبته بعد الابن وابنه، أما أبو الزنا فلا عبره به، **فأخ لأب**، وهذا صادق بأن يكون أخا شقيقًا أو أخا لأب فقط، أما الأخ لأم فإنه لا ولاية له خاصة وإن كان له ولاية عامة، فابن الأخ لأب وسفل، فجد لأب، فعم لأب، فابنه والأصح عند ابن بشير أن الأولى تقديم الشقيق من كل صنف على الذى للأب، وهو المختار عند اللخمى، وهو قول مالك وابن القاسم وسحنون، ومقابله ماروا ابن زياد عن مالك أن الشقيق وغيره فى مرتبة واحدة فيقترعان عند التنازع، والأولى تقديم الأفضل عند التساوى فى المرتبة، والبنت إذا مات أبوها أو غاب، وكفلها رجل أى قام بأمورها حتى بلغت عنده أو خيف عليها الفساد سواء كان مستحقًا لحضانتها شرعًا أو كان أجنبيًا فإنه يثبت له الولاية عليها ويزوجها بإذنها إن لم يكن لها عصبة، فإن لم يوجد لها عاصب ولا مولى أعلى ولا كافل ولا حاكم شرعى تولى عقد نكاحها أىُّ رجلٍ من عامة المسلمين، ومن ذلك الخال والجد من جهة الأم والأخ لأم، فهم من أهل الولاية العامة بإذنها ورضاها.(٢).

مذهب الشافعية:

جاء فى (مغنى المحتاج): أحق الأولياء بالتزويج الأب، ثم جدٌ أبو أب، ثم أبوه وإن علا، لاختصاص كل منهم عن سائر العصبات بالولادة مع مشاركته فى العصوبة، ثم أخ لأبوين أو لأب؛ لأن الأخ يدلى بالأب فهو أقرب من ابنه، ثم ابنه أى ابن لكل منهما وإن سفل؛ لأنه أقرب من العم، ثم عم لأبوين أو لأب ثم ابن كل منهما وإن سفل، ثم سائر العصبة من القرابة أى باقيهم كالإرث؛ لأن المأخذ فيهما واحد، ويقدم أخ لأبوين على أخ لأب وابن أخ لأبوين على ابن أخ لأب، وعم لأبوين على عم لأب، وابن عم لأبوين على ابن عم لأب

(١) بدائع الصنائع: ٢/٣١٨ بتصرف.

(٢) بلغة السالك: ١/٣٥٦ - ٣٥٨ بتصرف.

فى الأظهر الجديد لزيادة القرب والشفقة كالإرث، وعلى هذا لو غاب الشقيق لم يزوج الذى لأب بل السلطان، وعلى القديم: هما وليان؛ لأن قرابة الأم لا مدخل لها فى النكاح فلا يرجح بها بخلاف الإرث كما لو كان لها عمان أحدهما خال، وأجاب الأول بأنه ليس كل ما لا يفيد لا يرجح بدليل أن العم لأبوين يقدم على العم للأب فى الإرث والعم للأم لا يرث، نعم لو كان ابنا عم أحدهما لأبوين والآخر لأب لكنه أخوها لأمها، فالثانى هو الولى؛ لأنه يدلى بالجد والأم، والأول يدلى بالجد والجدة، ولو كان ابنا ابن عم، أحدهما ابنها، والآخر أخوها من الأم، فالابن هو المقدم؛ لأنه أقرب، ولو كان ابنا عم أحدهما معتق قدم المعتق، ومنه يؤخذ أنه لو كان المعتق ابن عم لأب، والآخر: شقيقًا قدم الشقيق، وبه صرح البلقينى، وأو ابنا عم أحدهما خال فهما سواء بلا خلاف، قاله فى (زيادة الروضة)، وظاهر كلامه تسمية كل من غير الأب والجد من الأخ والعم وليًا وهو كذلك، وإن توقَّف فيه الإمام وجعل الولاية حقيقة للأب والجد فقط، ولا يزوج ابنٌ أمَّه وإن علت ببنوة محضة خلافًا للأئمة الثلاثة والمزنى؛ لأنه لا مشاركة بينه وبينها فى النسب؛ إذ انتسابها إلى أبيها، وانتساب الابن إلى أبيه فلا يعتنى بدفع العار عن النسب، فإن كان ابن ابن عم لها أو ذا قرابة أخرى من وطء شبهة أو نكاح مجوس كما إذا كان أخاها أو ابن أخيها أو ابن عمها، أو معتقًا لها أو غاصب معتق لها أو قاضيًا أو حاكما أو وكيلاً عن وليها كما قاله الماوردى زوج به أى بما ذكر، فإن لم يوجد من الأولياء رجل نسيب زوَّج المعتقُ الرجلُ ثم عصبتُه بحق الولاء سواء أكان المعتقَ رجلاً أم امرأة، والترتيب فى هذا كالإرث فى ترتيبه؛ فيقدم بعد عصبة المعتق معتَق المعتق ثم عصبته و هكذا؛ لحديث: «الولاء لحمةٌ كلُحمة النَّسَب»[1]. ثم قال: فإن فقد المعتق وعصبته زوج السلطان المرأة التى فى محل ولايته لخبر: «السلطان ولى من لا ولى له»[2] فإن لم يكن فيه فليس له تزويجها وإن رضيت كما ذكره الرافعى فى آخر القضاء على الغالب[3].

مذهب الحنابلة:

جاء فى (المغنى): أحق الناس بنكاح المرأة الحرة أبوها ولا ولاية لأحد معه، ثم أبوه وإن علت درجته يعنى: أن الجد أب الأب وإن علت درجته فهو أحق بالولاية من الابن وسائر الأولياء، وأولى الأجداد أقربهم وأحقهم فى الميراث، وعن الإمام أحمد رواية أخرى: أن الابن مقدم على الجد؛ لأنه أولى منه بالميراث وأقوى تعصيبًا، ولهذا يرث بولاء أبيه دون جده، وعن الإمام أحمد رواية ثالثة: وهى: أن الأخ يُقدم على الجد؛ لأن الجد يدلى بأبوة الأب والأخ يدلى ببنوة، والبنوة مقدمة، وعنه رواية أخرى: أن الجد والأخ سواء لاستوائهما فى الميراث بالتعصيب فاستويا فى القرابة، فوجب أن يستويا فى الولاية كالأخوين؛ ولأنهما عصبتان لا يسقط أحدهما بالآخر فاستويا فى الولاية كالأخوين، ومتى عدم الأب وآباؤه، فأولى الناس بتزويج المرأة ابنها، ثم ابنه بعده، وإن نزلت درجته الأقرب فالأقرب منهم، فإن عدم الابن وابنه فأخوها لأبيها وأمها، واختلفت الرواية عن

(١) سبق تخريجه.
(٢) سبق تخريجه.
(٣) مغنى المحتاج: ١٤٣/٣ - ١٤٤، بتصرف.

أحمد فى الأخ للأبوين والأخ للأب إذا اجتمعا، فالمشهور عنه أنهما سواء فى الولاية، لأنهما استويا فى الإدلاء بالجهة التى تستفاد منها العصوبة، وهى جهة الأب فاستويا فى الولاية كما لو كانا من أب، والرواية الثانية الأخ من الأبوين أولى واختارها أبو بكر - وهو الصحيح إن شاء الله -، وهكذا الخلاف فى بنى الأخوة والأعمام وبنيهم، فأما إذا كان ابنا عم لأب أحدهما أخ لأم فهما سواء لأنهما استويا فى التعصيب والإرث به، وقال القاضى: فيهما من الخلاف مثل ما فى ابن عم من أبوين وابن عم من أب؛ فعلى هذا إذا اجتمع ابن عم من أبوين وابن عم من أب هو أخ من أم، فالولاية لابن العم من الأبوين عند من يرى تقديم ولد الأبوين.

ثم إن الولاية بعد من ذكرنا تترتب على ترتيب الإرث بالتعصيب، فأحقهم بالميراث أحقهم بالولاية، فأولاهم بعد الآباء بنو المرأة، ثم بنوهم وإن سفلوا، ثم بنو أبيها وهم الإخوة، ثم بنوهم وإن سفلوا، ثم بنو جدها وهم الأعمام، ثم بنوهم وإن سفلوا، ثم بنو جد الأب وهم أعمام الأب، ثم بنوهم وإن سفلوا، ثم بنو جد الجد ثم بنوهم، وعلى هذا يلى بنو أب أعلى من بنى أب أقرب منه، وإن نزلت درجتهم، وأولى ولد كل أب أقربهم إليه؛ لأن مبنى الولاية على النظر والشفقة وذلك معتبر بمظنته، وهى القرابة فأقربهم أشفقهم ولا نعلم فى هذا خلافًا بين أهل العلم، ولا ولاية لغير العصبات من الأقارب كالأخ من الأم والخال وعم الأم والجد أبى الأم ونحوهم. نص عليه أحمد فى مواضع، فإذا لم يكن للمرأة عصبة من نسبها فلا خلاف نعلمه فى أن مولاها يزوجها، ولا خلاف فى أن عصبة المناسب أولى منه، فإن عدم المولى أو لم يكن من أهل الولاية كالمرأة والطفل والكافر، فعصباته الأقرب منهم فالأقرب على ترتيب الميراث ثم مولى ثم عصباته من بعده كالميراث سواء، ولا نعلم خلاف بين أهل العلم فى أن للسلطان ولاية تزويج المرأة عند عدم أوليائها أو عضلهم، والأصل فيه قول النبى ﷺ: «فالسلطان ولى من لا ولى له»[1].. ثم قال: اختلفت الرواية فى المرأة تسلم على يد رجل فقال فى موضع لا يكون وليًا لها، ولا يزوج حتى يأتى السلطان؛ لأنه ليس من عصباتها، ولا يعقل عنها، ولا يرثها فأشبه الأجنبى، وقال فى رواية أخرى فى امرأة أسملت على يد رجل يزوجها هو، وروى عن ابن مسعود أنه لا يفعل ذلك حتى يأتى السلطان، وعن الحسن أنه كان لا يرى بأسا أن يزوجها نفسه ولما روى أبو داود بإسناده عن تميم الدارى أنه قال: يا رسول الله ما السنة فى الرجل يسلم على يد الرجل من المسلمين؟ قال: «هو أولى الناس بمحياه ومماته»[2] إلا أن هذا الحديث ضعفه أحمد.

فإن لم يوجد للمرأة ولى ولا ذو سلطان فعن أحمد ما يدل على أنه يزوجها رجل عدل بإذنها[3].

مذهب الظاهرية:

جاء فى (المحلى): أنه لا يحل للمرأة نكاح ثيبا كانت أو بكرا الا بإذن وليها، الأب أو الإخوة أو الجد أو الأعمام أو بنى الأعمام وإن بعدوا

---

(١) سبق تخريجه.
(٢) سنن أبى داود، كتاب الفرائض، باب فى الرجل يسلم على يدى الرجل.
(٣) المغنى : ٣٤٦/٧ - ١٣٥٢، بتصرف.

والأقرب فالأقرب أولى. وليس ولد المرأة وليًا لها إلا إن كان ابن عمها، لا يكون فى القوم أقرب إليها منه، ومعنى ذلك أن يأذن لها فى الزواج فإن أبى أولياؤها من الإذن لها زوجها السلطان برهان ذلك قول الله عز وجل: ﴿وأنكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم﴾[(١)] وقوله تعالى: ﴿ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا﴾[(٢)]، وهذا خطاب للأولياء لا للنساء، وروينا عن عائشة أم المؤمنين رضى الله عنها عن النبى ﷺ قال: «لا تنكح المرأة بغير وليها فإن نكحت فنكاحها باطل ثلاث مرات فإن أصابها فلها مهرها بما أصاب منها فإن اشتجروا فالسلطان ولى من لا ولى له»[(٣)]، ولا يجوز إنكاح الأبعد من الأولياء مع وجود الأقرب؛ لأن الناس كلهم يلتقون فى أب بعد أب إلى آدم عليه السلام بلا شك، فلو جاز إنكاح الأبعد مع وجود الأقرب لجاز إنكاح كل من على وجه الأرض؛ لأنه يلقاها بلا شك فى بعض آبائها، فإن حدوا فى ذلك حدا كلفوا البرهان عليه ولا سبيل إليه فصح يقينًا أنه لا حق مع الأقرب للأبعد، ثم إن عدم فمن فوقه بأب هكذا أبدا مادام يعلم لها ولى عاصب كالميراث ولا فرق، وأما إن كان الولى غائبًا فلابد من انتظاره، فإن قالوا: إن ذلك يضر بها، قلنا: الضرورة لا تبيح الفروج.[(٤)]

مذهب الزيدية:

جاء فى (البحر الزخار): أن الولى بسبب النسب مقدم إجماعًا، وهو البنوة ثم الأبوة ثم الأخوة؛ ثم العمومة، والبنوة معتبرة إجماعًا، حيث الابن من عصبة الأم، أو كان ذا ولاية عامة، قال القاسم والهادى: وكذا لو لم يكن كذلك؛ إذ قوله تعالى: ﴿وأنكحوا الأيامى منكم﴾[(٥)] خطاب للأقارب، وأقربهم الأبناء ولم يفصل، وروى عن العترة أن الابن أقدم من الأب؛ إذ ولاية النكاح تابعة للتعصيب فى الإرث، والأب معه ذو سهم[(٦)].

وجاء فى (شرح الأزهار): أن أقرب العصبة هو الابن - ويستحب له أن يقدم الأب - ثم ابنه وما نزل، ثم الآباء، وأقربهم الأب ثم أبوه ثم كذلك ماعلوا، ثم الإخوة لأبوين، ثم الإخوة لأب، ثم ابن الأخ لأبوين، ثم ابن الأخ لأب، ثم الأعمام كذلك، ثم بنو الأعمام كذلك، ثم أعمام الأب كذلك، ثم بنوهم كذلك، قال المنصور بالله والعصيفرى: وابن الأخ لأب أولى من ابن الأخ لأب وأم - عقدًا وإرثا ونكاحًا - وقال الأمير على بن الحسين: بل ابن الأخ لأب وأم أولى - عقدًا وإرثًا ونكاحًا - من ابن الأخ لأب، وقال الإمام يحيى: هما سواء، وهكذا أبناء العم على هذه الصفة، وقال أبو العباس: إن أعمام الأب أولى من ابن العم، وقال المنصور بالله وأبو جعفر: بل ابن العم أولى.[(٧)]

ثم إذا لم يكن للمرأة عصبة من النسب فولى نكاحها عصبة السبب - وهو معتقها إن كانت عتيقة - ثم إذا كان السبب وهو المعتق قد مات أو غاب غيبة منقطعة أو نحو ذلك كانت الولاية إلى الأقرب من عصبّته، ثم إذا لم يكن للمرأة ولى من

(١) سورة النور، الآية: ٣٢.
(٢) سورة البقرة، الآية: ٢٢١.
(٣) سبق تخريجه.
(٤) المحلى: ٩/٤٥١ - ٤٥٨ بتصرف
(٥) سورة النور، الآية: ٣٢.
(٦) البحر الزخار: ٣/٤٦ بتصرف.
(٧) شرح الأزهار: ٢/٢٢٢ بتصرف.

جهة النسب ولا من جهة السبب فولى نكاحها الوصى بالنكاح - ويكون بصفة ولى النكاح - فإذا كان ولى نكاحها قد أوصى إلى شخص أن يزوجها فإن هذا الوصى أولى من الإمام والحاكم عندنا بشرطين أحدهما: أن يكون الميت قد أمر الوصى أن يعقد بها لشخص معين، أما إن أمره بأن يزوجها ولم يعين الزوج فالإمام حينئذٍ أولى، والشرط الثانى: أن تكون هذه الوصية فى حق الصغيرة عند العقد والمجنونة إذا كان جنونها مستمرًا من وقت الإيصاء إلى وقت العقد، وقال المؤيد بالله: لا ولاية للوصى رأسًا، بل إلى الإمام والحاكم.

ثم إذا لم يكن وصى جامع للشرطين، أو كان موجودًا لكن تعذر لوجه من الوجوه فالولى هو الإمام والحاكم إذا كانت ولايته من جهة الإمام[1].

مذهب الإمامية:

جاء فى (الروضة البهية): أنه لا ولاية فى النكاح لغير الأب وإن علا[2] والمولى والحاكم والوصى لأحد الأولين، فإن زوج المرأة الأب والجد برجلين واقترنا فى العقد بأن اتحد زمان القبول قدم عقد الجد، لا نعلم فيه خلافًا، وتدل عليه من الأخبار رواية عبيد بن زرارة قال: قلت لأبى عبدالله عليه السلام: الجارية يريد أبوها أن يزوجها من رجل، ويريد جدها أن يزوجها من رجل فقال: الجد أولى ما لم يكن مضارًا إن لم يكن الأب زوجها قبله، وعلّل مع ذلك بأن ولاية الجد أقوى؛ لثبوت ولايته على الأب على تقدير نقصه بجنون ونحوه،بخلاف العكس أما إن سبق عقد أحدهما فإن السابق يصح عقده؛ لأنهما مشتركان فى الولاية فإذا سبق أحدهما وقع صحيحًا فامتنع الآخر[3].

جاء فى كتاب (الخلاف فى الفقه): أنه إذا اجتمع الأب والجد كان أولى؛ لإجماع الفرقة على ذلك[4].

مذهب الإباضية:

جاء فى (شرح النيل): أولى الأولياء بالنكاح الأب فالجد للأب، الأقرب فالأقرب، فالأخ فابن الأخ، الأقرب فالأقرب فالعم الشقيق فالعم الأبوى، ولا حكم للعم من الأم، فابن العم الشقيق. الأقرب فالأقرب، فابن العم لأب فالأقرب فالأقرب، والأخ الأبوى أولى من ابن الأخ الشقيق، والأكثر على أن الأخ الشقيق أو الأخ لأب وابن الأخ الشقيق أو للأب أولى بالنكاح من الولد، فإذا كان الولد على هذا القول أولى من الأخ فأولى أن يكون أولى من العم وابنه ومن ابن الأخ فى مذهب غير الأكثر؛ لأن الأخ أولى من العم، فتحصل إجماعًا أن الولد أولى من ابن الأخ ومن العم وابنه، وأراد بالولد الابن، ولا حكم لولد البنت، وقيل: الولد - قرب أو بعد - أولى بالنكاح من الأخ وأولى به اتفاقًا مما بعد الأخ وأولى منه الأب والجد ولو علا، والأخ الشقيق أولى من الأبوى فقط، وابن الأخ الشقيق أولى من ابن الأبوى، ولا حكم فى النكاح لكلالى وهو الأخ للأم[5].

---

(١) شرح الأزهار: ٢/٢٢٣- ٢٢٤، بتصرف.
(٢) الروضة البهية: ٢/٧١ بتصرف.

(٣) الروضة البهية: ٢/٧٩، بتصرف.
(٤) كتاب الخلاف فى الفقه: ٢/١٤٨، بتصرف.
(٥) شرح النيل: ٢/٦٣ - ٦٥، بتصرف.

ثم قال: إن زَوَّجَ ولى من جمع متعدد مستو فى درجة كإخوة أشقاء وكإخوة لأب وكأعمامٍ كذلك جاز ومضى وإن كان الذى زوج أصغرهم أو أقلهم عقلاً أو طفلاً يعقل أو بلا إذن باقيهم ولو منع الباقون[١]، واختلف فى خليفة الأب عليها من وليها؛ لأن للأب أن يستخلف من شاء على حفظ بدنها ومالها فكذا نكاحها وقيل عكس ذلك وهو الأصح؛ لأن الميت لا حظ له فى التزويج، والتزويج إنما هو حق للنسب فينظر إليه، وقيل: بل يجتمعان عليه وهو الأحسن، وقيل: إن كان الولى جدا فهو والخليفة سواء، وقيل: يجوز للولى تزويجها ويجوز للخليفة، فمن زوجها منهما جاز، وهو قول أبى عبدالله محمد ابن جلداش - رحمه الله تعالى[٢] - والوكيل كالخليفة، وجازا ولو فاسقين، لكن إن زوجها بغير كفئها أو أكرهها نقضه الحاكم[٣].

رابعًا: مدى اشتراط الولى فى النكاح مذهب الحنفية:

جاء فى [فتح القدير]: أن حاصل ما روى عن علمائنا رحمهم الله فى حكم ولاية النكاح سبع روايات، روايتان: عن أبى حنيفة إحداهما: أنه تجوز مباشرة البالغة العاقلة عقد نكاحها ونكاح غيرها مطلقا إلا أنه خلاف المستحب وهو ظاهر المذهب، وثانيهما: رواية الحسن عنه أنها إن عقدت مع كفء جاز ومع غيره لا يصح، واختيرت للفتوى؛ لما ذكر أنه كم من واقع لا يرفع، وليس كل ولى يحسن المرافعة والخصومة، ولا كل قاض يعدل، ولو أحسن الولى وعدل القاضى فقد يترك أنفه للتردد على أبواب الحكام واستثقالا لنفس الخصومات فيتقرر الضرر فكان منعه دفعا له، وينبغى أن يقيد عدم الصحة المفتى به بما إذا كان لها أولياء أحياء؛ لأن عدم الصحة إنما كان على ما وَجِّه به هذه الرواية دفعًا لضررهم فإنه قد يتقرر لما ذكرنا، أما ما يرجع إلى حقها فقد سقط برضاها بغير الكفء، وعن أبى يوسف ثلاث روايات: لا يجوز مطلقا إذا كان لها ولى، ثم رجع إلى الجواز من الكفء لا من غيره، ثم رجع إلى الجواز مطلقًا من الكفء وغيره، وروايتان عن محمد: انعقاده موقوفًا على إجازة الولى إن أجازة نفذ وإلا بطل، إلا أنه إذا كان كفئًا وامتنع الولى يجدد القاضى العقد ولا يلتفت إليه، ورواية رجوعه إلى ظاهر الرواية، وظاهر الرواية أن ينعقد نكاح الحرة البالغة برضاها وإن لم يعقد عليها ولى بكرًا كانت أو ثيبا عند أبى حنيفة وأبى يوسف - رحمهما الله تعالى - فتحصَّل من ذلك أن الثابت الآن هو اتفاق الثلاثة على الجواز مطلقًا من الكفء وغيره، هذا على الوجه الذى ذكرناه عن أبى يوسف من ترتيب الروايات عنه وهو ما ذكره السرخسى، وأما على ما ذكره الطحاوى من أن قوله المرجوع إليه عدم الجواز إلا بولى، وكذا الكرخى فى مختصره حيث قال: وقال أبو يوسف: لا يجوز إلا بولى وهو قوله الأخير فلا، ورُجِّع قول الشيخين؛ لأنهما أقدم وأعرف بمذاهب أصحابنا، لكن ظاهر الهداية اعتبار ما نقله السرخسى والتعويل عليه.[٤]

(١) شرح النيل: ٣/ ٦٥ بتصرف.
(٢) السابق: ٣/٦٦ بتصرف.
(٣) السابق: ٣/٦٧ بتصرف.

(٤) فتح القدير: ٢/ ٣٩١ بتصرف.

مذهب المالكية:

جاء في (بداية المجتهد): اختلف العلماء هل الولاية شرط من شروط صحة النكاح أم ليست بشرط؟ فذهب مالك إلى أنه لا يكون النكاح إلا بولي، وأنها شرط في الصحة في رواية أشهب عنه، ويتخرج على رواية ابن القاسم عن مالك في الولاية قول آخر: أن اشتراطها سنة لا فرض، وذلك روى عنه أنه كان يرى الميراث بين الزوجين بغير ولي، وأنه يجوز للمرأة غير الشريفة أن تستخلف رجلاً من الناس على إنكاحها، وكان يستحب أن تقدم الثيب وليها ليعقد عليها، فكأنه عنده من شروط التمام لا من شروط الصحة بخلاف عبارة البغداديين من أصحاب مالك، أعني أنهم يقولون إنها من شروط الصحة لا من شروط التمام، وأظهر ما يحتج به من الكتاب من اشترط الولاية قوله تعالى: ﴿**فإذا بلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن**﴾[1]، قالوا: وهذا خطاب للأولياء، ولو لم يكن لهم حق في الولاية لما نهوا عن العضل، وقوله تعالى ﴿**ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا**﴾[2] قالوا: وهذا خطاب للأولياء أيضًا، ومن أشهر ما احتج به هؤلاء من الأحاديث ما رواه الزهري عن عروة عن عائشة قالت: قال رسول الله ﷺ «**أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل (ثلاث مرات) وإن دخل بها فالمهر لها بما أصاب منها، فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له**»[3] خرجه الترمذي وقال فيه: حديث حسن[4].

وجاء في (الشرح الكبير): أنه يفسخ عقد النكاح إذا حصل بدون ولي، وكذلك يحق لها الفسخ إذا كان الولي غير الأب وكان هناك ضررا عليها[5].

مذهب الشافعية:

جاء في (مغني المحتاج): لا تملك المرأة مباشرة تزويج نفسها بحال لا بإذن ولا بغيره سواء الإيجاب والقبول؛ إذ لا يليق بمحاسن العادات دخولها فيه لما قصد منها من الحياء وعدم ذكره أصلاً، وقد قال تعالى: ﴿**الرجال قوامون على النساء**﴾[6] قال الشافعي رضي الله عنه: وقوله تعالى: ﴿**فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن**﴾[7] أصرح دليل على اعتبار الولي وإلا لما كان لعضله معنى، ولخبر: «**لا نكاح إلا بولي**»[8]، وروى أيضًا: «**لا تزوج المرأة المرأة ولا المرأة نفسها**»[9]، نعم لو عدم الولي والحاكم فولت مع خاطبها أمرها رجلاً مجتهدًا ليزوجها منه صح؛ لأنه محكَّم والمحكَّم كالحاكم، وكذا لو ولت معه عدلاً صح على المختار وإن لم يكن مجتهداً لشدة الحاجة إلى ذلك، وهذا ما جرى عليه ابن المقري تبعًا لأصله، قال في (المهمات): ولا يختص ذلك بفقد الحاكم، بل يجوز مع وجوده سفرًا وحضرًا بناءً على الصحيح في جواز

(١) سورة البقرة، الآية: ٢٣٢.
(٢) سورة البقرة، الآية: ٢٢١.
(٣) الترمذي، كتاب، النكاح، باب ماجاء لا نكاح إلا بولي، ابن ماجه كتاب النكاح، باب، لا نكاح إلا بولي.
(٤) بداية المجتهد: ٢/ ٧- ١٠ بتصرف.
(٥) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: ٢/٢٢١ - ٢٢٤ بتصرف.
(٦) سورة النساء، الآية: ٣٤.
(٧) سورة البقرة، الآية: ٢٣٢.
(٨) سبق تخريجه.
(٩) سبق تخريجه.

التحكيم كما هو مذكور فى كتاب القضاء، قال الولى العراقى : ومراد (المهمات) ما إذا كان المحكَّم صالحًا للقضاء، وأما الذى اختاره النووى أنه يكفى العدالة، ولا يشترط أن يكون صالحًا للقضاء فشرطه السفر وفقد القاضى، وقال الأذرعى : جواز ذلك مع وجود القاضى بعيد من المذهب والدليل؛ لأن الحاكم ولى حاضرٌ، ويظهر الجزم بمنع الصحة إذا أمكن التزويج من جهته، وكلام الشافعى مؤذن بأن موضع الجواز عند الضرورة، ولا ضرورة مع إمكان التزويج من حاكم أهل حاضر بالبلد، وهذا يؤيد ما جرى عليه الولى العراقى، وهو المعتمد، ويستثنى من إطلاقه ما لو زوجت امرأة نفسها فى الكفر فإنه يقر على ذلك بعد الإسلام[(١)].

مذهب الحنابلة :

جاء فى (المغنى) : أن النكاح لايصح إلا بولى، ولا تملك المرأة تزويج نفسها ولا غيرها ولا توكيل غير وليها فى تزويجها فإن فعلت لم يصح النكاح؛ وذلك لأن النبى ﷺ قال : «لا نكاح إلا بولى»[(٢)]، قال المروذى سألت أحمد ويحيى عن حديث : «لا نكاح إلا بولى» فقالا : صحيح، وروى عن عائشة عن النبى ﷺ أنه قال : «أيما امرأة نكحت نفسها بغير إذن وليها فنكاحها باطل باطل باطل، فإن أصابها فلها المهر بما استحل من فرجها، فإن اشتجروا فالسلطان ولى من لا ولى له»[(٣)] ولأنها مولى عليها فى النكاح فلا تليه كالصغيرة، وأما قول الله تعالى : ﴿فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن﴾[(٤)] فإن عضلها الامتناعُ من تزويجها، وهذا يدل على أن نكاحها إلى الولى، ويدل عليه أنها نزلت فى شأن معقل بن يسار حين امتنع من تزويج أخته فدعاه النبى ﷺ فزوجها وأضافه إليها، لأنها محل له، إذا ثبت هذا فإنه لايجوز لها تزويج أحد، وعن أحمد لها تزويج أمتها، وهذا يدل على صحة عبارتها فى النكاح فيخرج منه أن لها تزويج نفسها بإذن وليها وتزويج غيرها بالوكالة؛ لقول النبى ﷺ : «أيما امرأة زوجت نفسها بغير إذن وليها فنكاحها باطل»[(٥)]، فمفهومه صحته بإذنه، ولأن المرأة إنما منعت الاستقلال بالنكاح لقصور عقلها فلا يؤمن انخداعها ووقوعه منها على وجه المفسدة، وهذا مأمون فيما إذا أذن فيه وليها والصحيح الأول؛ لعموم قوله ﷺ : «لانكاح إلا بولى»[(٦)] وهذا يقدم على دليل الخطاب، والتخصيص ههنا خرج مخرج الغالب، فإن الغالب أنها لا تزوج نفسها إلا بإذن وليها والعلة فى منعها صيانتها عن مباشرة ما يشعر بوقاحتها ورعونتها وميلها إلى الرجال وذلك ينافى حال أهل الصيانة والمروءة، فإن حكم بصحة هذا العقد حاكم أو كان المتولى لعقده حاكمًا لم يجز نقضه، وكذلك سائر الأنكحة الفاسدة؛ لأنها مسألة مختلف فيها ويسوغ فيها الاجتهاد فلم يجز نقض الحكم كما لو حكم بالشفعة للجار، وهذا النص متأول وفى صحته كلام وقد عارضه ظواهر.[(٧)]

(١) مغنى المحتاج: ٣/١٣٩- ١٤٠ بتصرف.
(٢) سبق تخريجه.
(٣) سبق تخريجه.
(٤) سورة البقرة، الآية: ٢٣٢.
(٥) سبق تخريجه.
(٦) سبق تخريجه.
(٧) المغنى: ٧/٣٣٧- ٣٣٩، بتصرف.

مذهب الظاهرية:

جاء فى (المحلى): لا يحل للمرأة نكاح ثيبًا كانت أو بكرًا إلا بإذن وليها لقول الله عز وجل: **﴿وأنكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم﴾**[(١)]، وقوله تعالى: **﴿ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا﴾**[(٢)]، وهذا خطاب للأولياء لا للنساء، وروينا من طريق ابن وهب عن عائشة أم المؤمنين - رضى الله عنها - عن النبى ﷺ قال: **«لا تنكح المرأة بغير وليها فإن نكحت فنكاحها باطل (ثلاث مرات)، فإن أصابها فلها مهرها بما أصاب منها فإن اشتجروا فالسلطان ولى من ولا ولى له»**[(٣)]، وماروى عن أبى موسى الأشعرى عن أبيه عن النبى ﷺ قال: **«لا نكاح إلا بولى»**[(٤)].

مذهب الزيدية:

جاء فى (البحر الزخار): يشترط فيمن يعقد النكاح أن يكون العاقد وليًا، فلا يصح من دونه؛ لقوله تعالى: **﴿فلا تعضلوهن﴾**[(٥)]، نزلت فى معقل بن يسار، ولم ينه، إلا وإليهم المنع، قلت: وفيه نظر والأولى اعتماد قوله ﷺ : **«لا نكاح إلا بولى وشاهدى عدل»**[(٦)]، ولقوله ﷺ: **«لا تنكح المرأة المرأة، ولا المرأة نفسها»**[(٧)] ونحوه، وتصح إجازة الولى عقدها إذا لم تبرم بإجازته، وقال المؤيد بالله: لا تصح؛ لقوله ﷺ: **«لا تنكح المرأة نفسها»**[(٨)] ونحوه، ومن عقد بغير ولى أو شهود جهلاً لم يعترضهما الحاكم ما لم يترافعا، إذ هى خلافية[(٩)].

مذهب الإمامية:

جاء فى كتاب: (الخلاف فى الفقه): أن الحرة الرشيدة إذا بلغت ملكت العقد على نفسها وزالت ولاية الأب عنها والجد إلا إذا كانت بكرًا فإن الظاهر من روايات أصحابنا أن لا يجوز لها ذلك، وفى أصحابنا من قال: البكر أيضًا تزول ولايتهما عنها، فأما غير الأب والجد فلا ولاية لأحد منهم عليها سواء كانت بكرًا أم ثيبًا، والأمر إليها تتزوج كيف شاءت بنفسها أو توكل فى ذلك بلا خلاف بين أصحابنا، غير أن الأفضل لها أن ترد أمرها إلى أخيها أو ابن أخيها.. وليس ذلك شرطًا فى صحة العقد؛ لإجماع الفرقة، ولقول الله عز وجل: **﴿فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجًا غيره﴾**[(١٠)]، وقوله سبحانه وتعالى: **﴿فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن﴾**[(١١)] فأضاف النكاح إليهن، ولما روى عن ابن عباس - رضى الله عنهما - أن رسول الله ﷺ قال: **«ليس للولى مع الثيب أمر»**[(١٢)] وهذا نص، وإذا كان النكاح بغير ولى جائزًا صحيحًا فليس على الزوج إذا وطئها شىء؛ لما قدمناه من أن هذا عقد صحيح، ولو كان فاسدًا لما وجب عليه أيضًا الحد؛ لقول رسول الله ﷺ:

---

(١) سورة النور، الآية: ٣٢.
(٢) سورة البقرة، الآية: ٢٢١.
(٣) سبق تخريجه.
(٤) المحلى: ٩/٤٥١ - ٤٥٨ بتصرف.
(٥) سورة البقرة، الآية: ٢٣٢.
(٦) البيهقى فى السنن الكبرى: ٧/١٢٥، والدارقطنى: ٨/٢١٢.
(٧) سبق تخريجه.
(٨) مصنف ابن أبى شيبة: ٣/٢٧٧.
(٩) البحر الزخار: ٣/٢٣ - ٣٦ بتصرف.
(١٠) سورة البقرة، الآية: ٢٣٠.
(١١) سورة البقرة، الآية: ٢٣٢.
(١٢) سبق تخريجه.

«ادرءوا الحدود بالشبهات»[1] وهذه شبهة؛ لأنه عقد مختلف فيه[2].

مذهب الإباضية:

جاء فى (شرح النيل): شهر عن النبى ﷺ وتواتر أنه قال: «لا نكاح إلا بولى»، «وأيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل» أى إن لم يجزه الولى قبل المس، وإن أجازه صح، وإن لم يجزه إلا بعده بطل عندى، وقيل: إنه يصح ولو كان الإجازة بعده، فقد قال رسول الله ﷺ: «أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل»[3] قالها ثلاثاً، وفى رواية: «فنكاحها باطل، باطل، باطل» بذكر باطل ثلاث مرات، ويجب تزويج المرأة من مختارها إن كان كفؤًا لها؛ لقوله تعالى: ﴿فانكحوهن بإذن أهلهن﴾[4]، وقوله ﷺ: «الأيم أحق بنفسها من وليها»[5] ومعنى كونها أحق بنفسها من وليها أن حكمها بيدها وأن حكمها أيضًا بيد وليها، لكنه بيدها أعظم وأكثر، فإنها لو شاءت تزوجًا بكفء وأراد وليها المكث بلا تزوج، أو أراد رجلاً، وأرادت آخر وهما كُفْؤَان لها لكان القول قولها[6].

خامساً: شروط الولى فى النكاح:

مذهب الحنفية:

جاء فى (بدائع الصنائع): شروط ثبوت أصل

(١) معرفة السنن والآثار: ١٣/٤٨٣.
(٢) كتاب الخلاف فى الفقه: ٢/١٤٠ - ١٤٢ بتصرف.
(٣) سبق تخريجه.
(٤) سورة النساء، الآية: ٢٥.
(٥) سبق تخريجه.
(٦) شرح النيل: ٣/٦٢، بتصرف.

الولاية أنواع منها: عقل الولى، ومنها بلوغه؛ فلا تثبت الولاية للمجنون والصبى؛ لأنهما ليسا من أهل الولاية، ولم تثبت لهما الولاية على أنفسهما مع أنهما أقرب إليهما فلئلا تثبت على غيرهما أولى، ومنها أن يكون ممن يرث الخروج؛ لأن سبب ثبوت الولاية والوراثة واحد وهو القرابة وكل من يرثه يلى عليه ومن لا يرثه لا يلى عليه وهذا يطرُد على أصل أبى حنيفة خاصة وينعكس عند الكل فيخرج عليه مسائل فنقول: لا ولاية للمملوك على أحد، ولا ولاية للمرتد على أحد لا على مسلم ولا على كافر ولا على مرتد مثله، ولا ولاية للكافر على المسلم، وكذلك إن كان الولى مسلمًا والمولى عليه كافرًا فلا ولاية له عليه، إلا أن ولد المرتد إذا كان مؤمنًا صار مخصوصًا عن النص، وأما إسلام الولى فليس بشرط لثبوت الولاية فى الجملة فيلى الكافر على الكافر، وكذا العدالة ليست بشرط لثبوت الولاية عند أصحابنا، وللفاسق أن يزوج ابنه وابنته الصغيرين؛ لعموم قوله تعالى: ﴿وأنكحوا الأيامى منكم﴾[7]، وقوله ﷺ: «زوجوا بناتكم الأكفاء»[8] من غير فصل، وإجماع الأمة أيضاً، ولأن هذه ولاية نظر والفسق لا يقدح فى القدرة على تحصيل النظر ولا فى الداعى إليه وهو الشفقة، وكذا لا يقدح فى الوراثة فلا يقدح فى الولاية كالعدل، وأما كون المولى من العصبات فهل هو شرط ثبوت الولاية أم لا؟ فجملة الكلام فيه أنه لا خلاف في أن للأب والجد ولاية الإنكاح إلا شيء يحكى عن عثمان البتى وابن شبرمة أنهما

(٧) سورة النور، الآية: ٣٢.
(٨) سنن ابن ماجه، كتاب النكاح، باب الأكفاء.

قالا: ليس لهما ولاية التزويج، ودليلنا قوله تعالى: ﴿وأنكحوا الأيامى منكم﴾(١)، فعموم الخطاب يتناول الأب والجد، وبه تبين أن قولهما خرج مخالفًا لإجماع الصحابة وكان مردودًا، ولا خلاف بين أصحابنا فى أن لغير الأب والجد من العصبات ولاية الإنكاح، والأقرب فالأقرب على ترتيب العصبات فى الميراث(٢).

مذهب المالكية:

جاء فى (بلغة السالك): أن شروط صحة الولى الذى يتولى العقد للزوجة ستة وهى: الذكورة، فلا يصح من أنثى ولو مالكة، والحرية، فلا يصح من عبد ولو بشائبة، وتوكّل مالكة الأمة والوصية على الأنثى من يتولى العقد عنها من الذكور المستوفية للشروط، ولو وجد معها عاصب نسب، والشرط الثالث: البلوغ؛ فلا يصح العقد من صبى، والرابع: العقل؛ فلا يصح من مجنون ومعتوه وسكران، والشرط الخامس: الإسلام فى المرأة المسلمة؛ فلا يصح أن يتولى عقد نكاح المسلمة كافر ولو كان أباها؛ لقول الله عز وجل: ﴿ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً﴾(٣)، وأما الكافرة الكتابية يتزوجها مسلم فيجوز لأبيها الكافر أن يعقد لها عليه؛ لقول الله عز وجل: ﴿والذين كفروا بعضهم أولياء بعض﴾(٤)، والحاصل أن يمنع تولية الكافر للمسلمة وعكسه، والشرط السادس: خلو الولى من الإحرام بحج أو عمرة؛ فالمحرم بأحدهما لا يصح منه تولى عقد النكاح فإن عقد فسخ أبدًا، وبقى شرط سابع وهو: عدم الإكراه؛ فلا يصح من مكره أن يتولى عقد النكاح، أما العدالة فلا تشترط فى الولى؛ إذ فسقه لا يخرجه عن الولاية، فيتولى غير العدل عقد نكاح ابنته أو ابنة أخيه أو معتوقته إذا لم يوجد لها عاصب نسب، وكذا لا يشترط فيه الرشد فيزوج السفيه ذو الرأى - احترازًا من المعتوه - مجبرته وغيرها بإذنها وبإذن وليه استحبابًا لا شرطًا فإن زوج السفيه المذكور ابنته مثلاً بغير إذن وليه نظر الولى ندبًا لما فيه المصلحة، فإن كان صوابًا أبقاه وإلا رده، فإن لم ينظر ولى السفيه فهو ماضٍ، بخلاف السفيه المعتوه - أى ضعيف العقل - فلا يصح عقده ويفسخ؛ لأنه ملحق بالمجنون، والتحقيق أن السفه لا يمنع الولاية والعته مانع منها(٥).

مذهب الشافعية:

جاء فى (مغنى المحتاج): عند حديثه عن موانع ولاية النكاح قال: لا ولاية لرقيقٍ قن أو مدبرٍ أو مكاتب أو مبعَّض لنقصه، ولا صبى لسلب ولايته، ولا مجنون فى حالة جنونه المطبق، وكذا إن تقطع جنونه كما صححه فى (الروضة)، وإن صحح الرافعى فى (الشرح الصغير) أنه لا يزيل الولاية لعدم تمييزه، وتغليبًا لزمن الجنون فى المتقطع فيزوِّج الأبعد فى زمن جنون الأقرب دون إفاقته، ولو أفاق المجنون وبقى آثار الخبل كحدة خُلُق لم تَعُدْ ولايته فى أحد وجهين، قال المصنف: لعله الأصح، وجزم به فى الأنوار، ولو قصر زمن

(١) سورة النور، الآية: ٣٢.
(٢) بدائع الصنائع: ٢/٢٣٩ - ٢٤١ بتصرف.
(٣) سورة النساء، الآية: ١٤١.
(٤) سورة الأنفال، الآية: ٧٣.
(٥) بلغة السالك: ١/٣٦٠ بتصرف.

الإفاقة جدًا فهى كالعدم كما قاله الإمام، أو قصر زمن الجنون كيوم فى سنة لم تُنقل الولاية، بل ينتظر إفاقته كالإغماء، ولا مختل النظر بهرم وهو كبر السن، أو خبل وهو فساد فى العقل، ولا فرق فى الخبل بين الأصلى والعارض لعجزه عن اختيار الأكفاء، وفى معناه: من شغلته الأسقام والآلام عن ذلك، فيجوز أن يقال: يزوجها السلطان لا الأبعد كما فى صورة الغيبة؛ لأن الأهلية باقية وشدة الألم المانعة من النظر كالغيبة، وكذا محجور عليه بسفه بأن بلغ غير رشيد أو بذَّر فى ماله بعد رشده ثم حجر عليه لا ولاية له على المذهب؛ لأنه لا يلى أمر نفسه فغيره أولى، والطريق الثانى وجهان أحدهما: هذا، والثانى: يلى؛ لأنه كامل النظر فى أمر النكاح، وإنما حجر عليه لحفظ ماله، فإن لم يحجر عليه؛ قال الرافعى: فما ينبغى أن تزول ولايته، وهو مقتضى كلام المصنف هنا كالروضة، وهو المعتمد، وتوكيل المحجور عليه بسفه فى النكاح يصح فى القبول دون الإيجاب، وخرج بالسفه المحجور عليه بفلس أو مرض فإنه يلى لكمال نظره، والحجر عليه لحق الغير لا لنقص فيه. ولا يقدح العمى فى ولاية التزويج فى الأصح؛ لحصول المقصود بالبحث والسماع، والثانى: يقدح؛ لأنه نقص يؤثر فى الشهادة فأشبه الصغر، ويجىء خلاف الأعمى فى الأخرس المفهم لغيره مراده بالإشارة التى لا يختص بفهمها الفطنون، ولا ريب أنه إن كان كاتبا تكون الولاية له فيوكل بها من يزوج موليته أو يزوجه، ولا ولاية لفاسق غير الإمام الأعظم مجبرًا كان أو لا، ويلى - على الأصح المنصوص - الكافرُ الأصلى الكافرة الأصلية ولو كانت عتيقة مسلم واختلف اعتقادهما، فيزوج اليهودى نصرانية، والنصرانى يهودية كالإرث؛ لقوله تعالى: ﴿والذين كفروا بعضهم أولياء بعض﴾[١]، ومرتكب المحرَّم المفسِّق فى دينه من أولياء الكافرة كالفاسق عندنا فلا يزوج موليته بخلاف ما إذا لم يرتكب ذلك، وإن كان مستورًا فيزوجها كما تقرر، وأما المرتد فلا يلى مطلقًا لا على مسلمة ولا مرتدة ولا غيرهما لانقطاع الموالاة بينه وبين غيره، ولا يزوج أمته بملك كما لا يتزوج، وأفهم كلام المصنف أن الكافر لا يلى مسلمة ولو كانت عتيقة كافر، ولا مسلم كافرة، نعم للولى السيد تزويج أمته الكافرة، وللقاضى تزويج الكافرة عند تعذر الولى الخاص، وإحرام أحد العاقدين من ولى ولو حاكمًا بنسك ولو فاسدًا يمنع صحة النكاح؛ لحديث: «المحرم لا يَنكح ولا يُنكح»[٢]، ولا ينقل الإحرام الولاية للأبعد؛ لأنه لا يسلب الولاية لبقاء الرشد والنظر، وإنما يمنع النكاح كما يمنعه إحرام الزوج أو الزوجة، وقوله: «فى الأصح» يرجع لنقل الولاية فقط، وإذا لم ينقلها فيزوج السلطان عند إحرام الولى لا الأبعد؛ لأن تأثير الإحرام يمنع الانعقاد مع بقاء الولاية لبقاء الرشد والنظر، والثانى ينقل للأبعد كالجنون، ورجحه فى المطلب، ولو أحرم الولى أو الزوج بعد توكيله فى التزويج فعقد وكيله الحلال لم يصح العقد؛ لأن الموكِّل لا يملكه ففرعُه أولى[٣].

---

(١) سورة الأنفال من الآية: ٧٣.

(٢) صحيح مسلم كتاب النكاح، باب: تحريم نكاح المحرم وكراهة خطبته.

(٣) مغنى المحتاج: ٣/١٤٥ - ١٤٨ بتصرف.

مذهب الحنابلة:

جاء فى (المغنى): أن الولاية لا تثبت لطفل ولا عبد ولا كافر على مسلمة بحال، فمند ذلك يكون وجودهم كالعدم فثبتت الولاية لمن هو أبعد منهم كما لو ماتوا، وتعتبر لثبوت الولاية لمن سمينا ستة شروط: العقل والحرية والإسلام والذكورية والبلوغ والعدالة على اختلاف نذكره، فأما العقل فلا خلاف فى اعتباره؛ لأن الولاية إنما تثبت نظرًا للمولى عليه عند عجزه عن النظر لنفسه ومن لا عقل له لا يمكنه النظر ولا يلى نفسه فغيره أولى، وسواء فى هذا من لا عقل له لصغره كطفل ومن ذهب عقله بجنون أو كبر كالشيخ إذا أفند[1]، قال القاضى: والشيخ الذى قد ضعف لكبره فلا يعرف موضع الحظ لها لا ولاية له، فأما الإغماء فلا يزيل الولاية؛ لأنه يزول عن قرب فهو كالنوم ولذلك لا تثبت الولاية عليه ويجوز على الأنبياء عليهم السلام، ومن كان يجن فى بعض الأحيان لم تزل ولايته؛ لأنه لا يستديم زوال عقله فهو كالإغماء. الشرط الثانى: الحرية فلا ولاية لعبد فى قول جماعة أهل العلم فإن العبد لا ولاية له على نفسه فعلى غيره أولى. الشرط الثالث: الإسلام ولا يثبت لكافر ولاية على مسلمة وهو قول عامة أهل العلم أيضًا، قال ابن المنذر: أجمع عامة من نحفظ عنه من أهل العلم على هذا، قال أحمد: بلغنا أن عليًا أجاز نكاح الأخ ورد نكاح الأب وكان نصرانيًا. الشرط الرابع: الذكورية شرط للولاية فى قول الجميع؛ لأنه يعتبر فيها الكمال والمرأة ناقصة قاصرة تثبت الولاية عليها لقصورها عن النظر لنفسها فلا تثبت لها ولاية على غيرها أولى. الشرط الخامس: البلوغ شرط فى ظاهر المذهب، قال أحمد لا يزوج الغلام حتى يحتلم ليس له أمر وهذا قول أكثر أهل العلم، وعن أحمد رواية أخرى أنه إذا بلغ عشرًا زوج وتزوج وطلق وأجيزت وكالته فى الطلاق وهذا يحتمله كلام الخرقى رحمه الله تعالى؛ لتخصيص المسلوب الولاية بكونه طفلاً، ووجه ذلك أن يصح بيعه وطلاقه ووصيته فتثبت له الولاية كالبالغ، والأول اختيار أبى بكر - رحمه الله - وهو الصحيح؛ لأن الولاية يصير لها كمال الحال؛ لأنها تتقيد بالتصرف فى حق غيره اعتبرت نظرًا له والصبى مولى عليه لقصوره فلا تثبت له الولاية كالمرأة. الشرط السادس: العدالة فى كونها شرطًا روايتان إحداهما: هى شرط؛ لما روى عن ابن عباس - رضى الله عنهما - أنه قال: «لا نكاح إلا بولى مرشد وشاهدى عدل» قال أحمد : أصح شىء فى هذا قول ابن عباس، وقد روى عن ابن عباس - رضى الله عنهما - قال: قال رسول الله ﷺ: «لا نكاح إلا بولى وشاهدى عدل، وأيما امرأة أنكحها ولى مسخوط عليه فنكاحها باطل»[2]، وروى عن جابر قال: قال رسول الله ﷺ: «لا نكاح إلا بولى مرشد وشاهدى عدل»[3] ولأنها ولاية نظر فلا يستبد بها الفاسق كولاية المال، والرواية الأخرى ليست بشرط نقل مثنى بن جامع أنه سأل أحمد إذا تزوج بولى فاسق وشهود

(١) افند: الخرف وإنكار العقل من الهرم أو المرض، وقد يستعمل فى غير الكبر وأصله فى الكبر وقد أفند، وشيخ مفندا، والفند الخطأ فى الرأى والقول. لسان العرب: مادة (فند).

(٢) البيهقى فى الكبرى: ٧/١٢٤، الدارقطنى: ٣١٢/٨.

(٣) الطبرانى فى الأوسط : ٣٧/٢.

عدول فلم ير أنه يفسد من النكاح شيء وهذا ظاهر كلام الخرقى؛ لأنه ذكر الطفل والعبد والكافر ولم يذكر الفاسق؛ لأنه يلى نكاح نفسه فتثبت له الولاية على غيره كالعدل، ولأن سبب الولاية القرابة وشرطها النظر وهذا قريب ناظر فيلى كالعادل، ولا يشترط أن يكون بصيرًا؛ لأن شعيبًا عليه السلام زوج ابنته وهو أعمى، ولأن المقصود فى النكاح يعرف بالسماع والاستفاضة فلا يفتقر إلى النظر، ولا يشترط كونه ناطقًا بل يجوز أن يلى الأخرس إذا كان مفهوم الإشارة؛ لأن إشارته تقوم مقام نطقه فى سائر العقود والأحكام فكذلك فى النكاح[١].

مذهب الظاهرية:

جاء فى (المحلى): لا تكون المرأة وليًا فى النكاح، فإن أرادت إنكاح أمتها أو عبدها أمرت أقرب الرجال إليها من عصبتها أن يأذن لها فى النكاح، فإن لم يكن لها عاصب فالسلطان يأذن لها فى النكاح؛ برهان ذلك قول الله عز وجل: **﴿وأنكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم﴾**[٢]، فصح يقينًا أن المأمورين بإنكاح العبيد والإماء هم المأمورون بإنكاح الأيامى؛ لأن الخطاب واحد ونص الآية يوجب أن المأمورين بذلك الرجال فى إنكاح الأيامى والعبيد والإماء، فصح بهذا أن المرأة لا تكون وليًا فى إنكاح أحد أصلاً لكن لا بد من إذنها فى ذلك وإلا فلا يجوز لقول الله تعالى: **﴿ومن لم يستطع منكم طولاً أن ينكح المحصنات المؤمنات فمما ملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات والله أعلم بإيمانكم بعضكم من بعض فانكحوهن بإذن أهلهن﴾**[٣]، ولا يكون الكافر وليًا للمسلمة ولا المسلم وليًا للكافرة، الأب وغيره سواء، والكافر ولى للكافرة التى هى وليته ينكحها من المسلم والكافر؛ برهان ذلك قول الله عز وجل: **﴿المؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض﴾**[٤]، وقال تعالى: **﴿والذين كفروا بعضهم أولياء بعض﴾**[٥]، وهو قول من حفظنا قوله[٦]، وإذا أسلمت البكر ولم يسلم أبوها أو كان مجنونًا فهى فى حكم التى لا أب لها؛ لأن الله تعالى قطع الولاية بين الكفار والمؤمنين قال تعالى: **﴿يا أيها الذين آمنوا لا تتولوا قومًا غضب الله عليهم﴾**[٧]، وقال تعالى: **﴿والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض﴾**[٨] وصح فى المجنون قول رسول الله ﷺ: **«رفع القلم عن ثلاثة فذكر منهم المجنون حتى يفيق»**[٩] وقد صح أنه غير مخاطب باستئمارها ولا بإنكاحها وإنما خاطب عز وجل أولى الألباب فلها أن تنكح من شاءت بإذن غيره من أوليائها أو السلطان، وكذلك التى أسلم أبوها ولم تسلم هى، فإن أسلم أو أسلمت أو عقل رجعت إلى حكم ذات الأب لدخوله فى الأمر بإنكاحها واستئذانها[١٠].

(١) المغنى: ٧/٣٥٥ - ٣٥٨ بتصرف.
(٢) سورة النور: من الآية: ٣٢.
(٣) المحلى: ٩/٤٦٩ بتصرف.
(٤) سورة التوبة: من الآية: ٧١.
(٥) سورة الأنفال من الآية: ٧٣.
(٦) المحلى: ٩/٤٦٩، بتصرف.
(٧) سورة الممتحنة: من الآية: ١٣.
(٨) سورة التوبة: من الآية: ٧١.
(٩) صحيح البخارى كتاب الطلاق، باب الطلاق فى الإغلاق والكره والسكران والمجنون وأمرهما.
(١٠) المحلى: ٩/٤٦٣ بتصرف.

مذهب الزيدية:

جاء فى (البحر الزخار): لا ولاية للصغير فى النكاح إجماعا؛ لما روى عن رسول الله ﷺ أنه قال: «رفع القلم... الحديث»[١]، ولأن الولاية لطلب الحظ ولا هداية له إلى ذلك، والمجنون المطبق كذلك، لا المصروع والمغمى عليه فولايته تعود بالإفاقة، والسكران والمبنج والسقيم إذا صار لا يشعر بشىء من أحواله ولا يفرّق بين الحسن والقبيح كالمجنون، وإلا فلا تسقط ولايته، فإن أذن الولى للمميز صح عقده كبيعه، ولا ولاية لكافر على مسلمة إجماعا؛ لقوله تعالى: ﴿ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً﴾[٢]، ولأمره ﷺ بتزويج بنت أبى سفيان حين أسلمت قبله، ولا ولاية لمسلم على كافرة لقوله تعالى: ﴿والذين كفروا بعضهم أولياء بعض﴾[٣]، وقوله ﷺ: «لا تراءى نارهما»[٤]، فإن لم يكن للكافرة ولى كافر فالإمام وليها؛ إذ ولايته عامة بخلاف الأب، والمسلم ولى أمته الكافرة، إذ سببه الملك لا القرابة، والأمة المسلمة لا يزوجها سيدها الكافر للآية المذكورة، ولا تبطل الولاية بفسق التأويل إجماعًا، ولا التصريح كالميراث وقيل: بل تبطل؛ لقوله ﷺ: «إلا بولى مرشد»[٥]، قلنا: أراد البالغ العاقل، وسببها التعصيب هنا، وكقولنا فيمن ليس له الإجبار، ثم فيمن ليس مبذرًا؛ لقوله تعالى: ﴿وأنكحوا الأيامى منكم﴾[٦]، والخطاب عام، ولا ولاية لعبد إجماعًا؛ لقوله تعالى: ﴿عبداً مملوكًا لا يقدر على شىء﴾[٧]، ولأنه لا يتولى نفسه[٨].

مذهب الإمامية:

جاء فى كتاب (الخلاف فى الفقه): أنه يصح أن يكون الفاسق وليًا للمرأة فى التزويج سواء كان له الإجبار مثل الأب والجد فى حق البكر، أو لم يكن له الإجبار كالأب والجد فى حق الثيب الكبيرة وسائر العصبات فى حق كل أحد؛ لقول الله تعالى: ﴿وأنكحوا الأيامى منكم﴾[٩] ولم يفصل، وأيضا فقد ثبت أن له الولاية قبل الفسق فمن ادعى أنها زالت بالفسق فعليه الدلالة، وما روى عن رسول الله ﷺ أنه قال: «لا نكاح إلا بولى مرشد وشاهدى عدل»[١٠] محمول على الفضل والاستحباب دون رفع الإجزاء، على أن قوله ﷺ: «مرشد» يقتضى أن يكون مرشداً لغيره، فمن أين أنه لابد من أن يكون رشيدًا فى نفسه، على أن هذا الخبر المشهور منه أنه موقوف على ابن عباس - رضى الله عنهما - ولم يسنده إلى النبى ﷺ، وما كان كذلك لا يجب العمل به[١١].

مذهب الإباضية:

جاء فى (شرح النيل): لا تصح إمارة طفل؛ لأنه لا يصح تزوجه لنفسه فكيف يصح تزوجه لغيره، ولأنه غير مكلف فلا يشمله الخطاب فى قوله تعالى: ﴿وأنكحوا الأيامى منكم﴾[١٢]، والصحيح أن إمارته لا تصح؛ لأن الصحيح أنه لا يزوج وليته حتى يبلغ؛ لأنه لم يشمله خطاب:

(١) سبق تخريجه
(٢) سورة النساء: من الآية: ١٤١.
(٣) سورة الأنفال من الآية: ٧٣.
(٤) أخرجه البيهقى فى معرفة السنن والآثار، كتاب الديات، باب كفارة القتل.
(٥) سبق تخريجه.
(٦) سورة النور: من الآية: ٣٢.

(٧) سورة النحل: من الآية: ٧٥.
(٨) البحر الزخار: ٣/٥٣ وما بعدها لتصرف.
(٩) سورة النور: من الآية: ٣٢.
(١٠) سبق تخريجه.
(١١) كتاب الخلاف فى الفقه: ٢/١٤٤- ١٤٥، بتصرف.
(١٢) سورة النور: من الآية: ٣٢.

﴿وأنكحوا الأيامى﴾[١] فلا يزوج على أحد، ولأنه لو زوج له وليه لوقف إلى بلوغه وكذا لو زوجوا له بلا ولى له، كما لا تصح إمارة امرأة وإن كانت إمارتها على نفسها من وليها على نكاح أو طلاق؛ لأنه لا نصيب للمرأة فى نكاح أو طلاق لقوله تعالى: ﴿وأنكحوا الأيامى﴾ فجعل إنكاح الأيامى إلينا، وقال ﷺ: «لا نكاح إلا بولى»[٢] ولم يقل إلا بولى أو ولية، وقال ﷺ: «أيما امرأة زوجت نفسها من غير وليها فهى زانية»[٣]، فإذا كانت لا تزوج نفسها لا يصح أن تزوج غيرها، وقال الله تعالى: ﴿فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن﴾[٤] فجعل عضلهم لهم عن اتخاذ الأزواج مؤثرًا؛ إذ لولا تأثيره لزوجن انفسهن فيلغى عضلهم، فلا يصح لأحد أن يأمر طفلاً أو امرأة أن يتزوج له[٥] أو تتزوج له أو لنفسها وإن أمرها وليها أن تتزوج بنفسها، وإن عقدا أعيد وكذلك الطلاق، وقال فى (الديوان): من وكَّل طفلاً أو مجنونًا أو عبدًا بلا إذن ربه أن يتزوج أو وكَّلت طفلة أو مجنونة أو أمة من يزوجها أو امرأة أو مشركًا أن يزوج أو يتزوج له لم يجز، وإن زُوجت امرأة من أخرى ومُسَّ فرق بينهما، ولو جعلت وصية فى تزويجها، واستحسن أن لا يعقد مشرك ولو كتابيًا وليته ولو كتابية، فكيف لو أسلمت وأرادت نكاح مسلم؟ وسواء كان المشرك وليا أو وكله المسلم على عقد النكاح له على غير ولية المشرك على مسلم موحد وأجيز ولو غير أب، وإن زوج ذمى موحدةً ومست ففى التفريق قولان؛ وجه كراهة عقد المشرك على مسلم أن النكاح أمر قوى فيه نوع قربة فلا يلى المشرك ذلك، كما لا يلى ذبح الضحية أو نحوها على ما مر فى بابها، ولقوله ﷺ: «لا يلى المشركون شيئًا من امورنا»[٦]، وقوله ﷺ: «لا تستعملوا المشركين» أى لا تجعلوهم ولاة على شىء، والإنكاح ولاية وأمارة مثل الولاية والإمارة على بلدة أو عسكرٍ[٧].

سادسًا : عضل الولى فى النكاح:

تعريف العضل لغة:

جاء فى لسان العرب: عضل المرأة عن الزوج حبسها وعضل الرَّجل أيمه يعضُلها ويعضِلها عضلاً وعضلها منعها الزوج ظلمًا قال الله تعالى: ﴿فلا تَعضلوهنَّ أن يَنكحن أزواجهن﴾[٨].

وجاء فى القاموس المحيط: عضل عليه: ضيق وبه الأمرُ اشتد كأعضل وأعضله، والمرأة يعضلها مُثلثة عضلاً وعضلانًا بكسرهما وعضَّلها: منعها الزوج ظلمًا وعضل المكانُ تعضيلاً : ضاق، وتعضل الداء الأطباء وأعضلهُم: غلبهم . وداء عضال[٩].

أما فى الاصطلاح فالعقل: منع المرأة من التزويج بكفئها إذا طلبت ذلك ورغب كل واحد منهما فى صاحبه[١٠].

مذهب الحنفية:

جاء فى (حاشية رد المحتار) نقلاً عن المنتقى: أنه إنما يكون العضل إذا امتنع عن التزويج من

---

(١) سورة النور: من الآية: ٣٢.
(٢) سبق تخريجه.
(٣) كنز العمال ، كتاب المواعظ، باب فى الولاية والاستئذان.
(٤) سورة البقرة: من الآية ٢٣٢.
(٥) أى: التوكيل فى العقد.
(٦) لم نعثر عليه فيما اطلعنا عليه من مصادر.
(٧) شرح النيل: ١٥١/٣، ١٥٢ بتصرف.
(٨) سورة البقرة : من الآية : ٢٣٢، لسان العرب: مادة (عضل).
(٩) القاموس المحيط: باب اللام ، فصل العين.
(١٠) المغنى: ٣٦٧/٧.

كفء بمهر المثل، أما لو امتنع عن غير الكفء، أو لكون المهر أقل من مهر المثل، فليس بعاضل، وإذا امتنع الولى عن تزويجها من هذا الخاطب الكفء ليزوجها من كفء غيره استظهر فى البحر: أنه يكون عاضلاً قال: ولم أره. وتبعه المقدسى والشرنبلالى، واعترضه الرملى: بأن الولاية بالعضل تنتقل إلى القاضى نيابةً لدفع الإضرار بها ولا يوجد مع إرادة التزويج بكفء غيره. قال ابن عابدين : وفيه نظر لأنه متى حضر الكفء الخاطب لاينتظر غيره خوفًا من فوته؛ ولذا تنتقل الولاية إلى الأبعد عند غيبة الأقرب. نعم لو كان الكفء الآخر حاضرًا أيضًا وامتنع الولى الأقرب من تزويجها من الكفء الأول لا يكون عاضلاً؛ لأن الظاهر من شفقته على الصغيرة أنه اختار لها الأنفع لتفاوت الأكفاء أخلاقًا وأوصافا فيتعين العمل بهذا التفصيل(١).

مذهب المالكية :

جاء فى (بلغة السالك): أنه يجب على الولى أن يجيب الكفء رضيت به الزوجة غير المجبرة - سواء طلبته للتزوج به، أو لم تطلبه بأن خطبها ورضيت به؛ لأنه لو لم يجب لذلك مع كونها متوقفة على عقده كان ذلك ضررًا بها، فإن امتنع ولى غير المجبرة من تزويجها من كفء رضيت به كان عاضلاً بمجرد الامتناع فيأمره الحاكم إن رفعت له بتزويجها بأن يسأله عن وجه امتناعه، فإن أبدى وجهًا ورآه صوابًا ردها إليه، وإن لم يبد وجهًا صحيحًا أمره بتزويجها، فإن امتنع من تزويجها زوَّجها الحاكم ولاينتقل الحق لمن بعد العاضل من الأولياء كما نص عليه المتيطى وغيره، وخالف فى ذلك ابن عبد السلام - رحمه الله - فقال : إنما يزوجها الحاكم عند عدم الولى غير العاضل وأما عند وجوده فينتقل الحق له؛ لأن عضل الأقرب صيره بمنزلة العدم فينتقل الحق للأبعد، وأما الحاكم فلا يظهر كونه وكيلاً له إلا إذا لم يظهر منه امتناع كما لو كان غائبًا مثلاً، إذا علمت ذلك. ولا يكون الأب عاضلا لمجبرة وكذا وصى الأب بالإجبار؛ لأن الأب المجبر وكذا وصيه أدرى بأحوال المجبرة منها ومن غيرها حتى يتحقق العضل ولو بمرة فيأمره الحاكم حينئذ بتزويجها، فإن أجاب وإلا زوَّج الحاكم(٢).

مذهب الشافعية:

جاء فى (مغنى المحتاج): وقع فى فتاوى صاحب المنهاج أن العضل كبيرة بإجماع المسلمين، واعترض بأن الذى اختاره الإمام فى النهاية أنه لا يحرم إلا إذا لم يكن فى الخطة حاكم.

وقيل : وينبغى أنه لا يحرم مطلقًا إذا جوزنا التحكيم ...(٣) ثم قال : إنما يحصل العضل من الولى إذا دعت بالغة عاقلة رشيدة كانت أو سفيهة إلى كفء وامتنع الولى من تزويجه؛ لأنه إنما يجب عليه تزويجها من كفء، فإن دعته إلى غيره كان له الامتناع؛ لأن له حقًا فى الكفاءة، ويؤخذ من التعليل أنها لو دعت إلى عِنِّين أو مجبوب بالباء لزمه إجابتها، فإن امتنع كان عاضلاً، إذ لاحق له فى التمتع، بخلاف ما إذا دعته إلى أجذم أو أبرص أو مجنون؛ لأنه يُعيَّر بذلك، وليس له

(١) حاشية ابن عابدين على الدر المختار: ٢/٣٢٤، بتصرف.

(٢) بلغة السالك: ١/٣٦٢، بتصرف .

(٣) مغنى المحتاج: ٣ / ١٤٤- ١٤٥، بتصرف .

الامتناع لنقصان المهر أو لكونه من غير نقد البلد إذا رضيت بذلك؛ لأن المهر محض حقها، ولو امتنع من نكاحها فى تزويج التحليل، فعن بعض المتأخرين أنه إن امتنع للخروج من الخلاف أو لقوة دليل التحريم عنده فلا إثم عليه، بل يثاب على قصده[1].

مذهب الحنابلة:

جاء فى (المغنى): معنى العضل منع المرأة من التزويج بكفئها إذا طلبت ذلك ورغب كل واحد منهما فى صاحبه؛ قال معقل بن يسار: «زوجت أختًا لى من رجل فطلقها حتى إذا انقضت عدتها جاء يخطبها فقلت له زوجتك وأفرشتك وأكرمتك فطلقتها ثم جئت تخطبها لا والله لا تعود إليك أبدًا وكان رجلاً لا بأس به وكانت المرأة تريد أن ترجع إليه فأنزل الله تعالى هذه الآية: ﴿ولاتعضلوهن أن ينكحن أزواجهن﴾ **فقلت الآن افعل يا رسول الله قال فزوجها إياه**»[2]، وسواء طلبت التزويج بمهر مثلها أو دونه؛ لأن المهر خالص حقها وعوض يختص بها فلم يكن لهم الاعتراض عليها فيه كثمن عبدها وأجرة دارها، ولأنها لو أسقطته بعد وجوبه سقط كله فبعضه أولى، ولأن النبى ﷺ قال لرجل أراد أن يزوجه: «**التمس ولو خاتما من حديد**»[3]، وقال لامرأة زوجت بنعلين: «**أرضيت بنعلين من نفسك؟**»[4] قالت: نعم. فأجازه النبى ﷺ، فإن رغبت فى كفء بعينه وأراد تزويجها لغيره من أكفائها وامتنع من تزويجها من الذى أرادته كان عاضلاً لها، فأما إن طلبت التزويج بغير كفئها فله منعها من ذلك ولا يكون عاضلاً لها بهذا؛ ولأنها لو زوجت من غير كفئها كان له فسخ النكاح فلأن تمتنع منه ابتداءً أولى[5].

مذهب الظاهرية:

جاء فى (المحلى): أن الثيب أحق بنفسها من وليها فلا ينفذ عليها أمره بغير إذنها ولا تُنكح إلا من شاءت، فإذا أرادت النكاح لم يجز لها إلا بإذن وليها، فإن أبى أنكحها السلطان على رغم أنف الولى الآبى[6].

مذهب الزيدية:

جاء فى (البحر الزخار): العضل هو امتناع الولى من تزويج البالغة الراضية، من الكفء من غير مانع، فتبطل ولايته؛ لما روى عن على رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «**يا على ثلاث لا تؤخرها: الصلاة إذا دخل وقتها، والجنازة إذا حضرت، والأيم إذا وجدت لها كفئًا**»[7]، فلو قال: دعنى إلى وقت آخر كان عاضلاً، قال الإمام يحيى: أما إذا قال: دعنى حتى أصلى أو نحوه فلا يكون عاضلاً. قال صاحب البحر: فيه نظر إلا لتعرُّف حاله، وإذا عضل الولى تنتقل ولايته إجماعًا، ولا يخيّر؛ لقوله ﷺ: «**فإن اشتجروا فالسلطان ولى من لا ولى له**»[8] ولا يقبل قولها فيه، إذ حق الولى ثابت فى الظاهر، فإن لم يكن

(١) مغنى المحتاج: ٢ / ١٤٥ بتصرف.

(٢) البيهقى: ٧/ ١٣٠.

(٣) صحيح البخارى كتاب النكاح، باب عرض المرأة نفسها على الرجل الصالح.

(٤) الترمذى كتاب النكاح، باب ما جاء فى مهور النساء.

(٥) المغنى: ٣٦٨/٧، ٣٦٩ بتصرف.

(٦) المحلى: ٤٥٧/٩ بتصرف.

(٧) سنن الترمذى، كتاب: الصلاة، باب ما جاء فى الوقت الأول.

(٨) سبق تخريجه.

إمام وكّلت، وعن قوم: ينتظر. لنا: ما مر. فإن رجع عن العضل قبل الإنكاح عادت الولاية، ومن عُرف من حاله العضل عن تزويج نسائه فيما مضى وخيف من مؤاذنته فى الحال، انتقلت ولايته، وإن لم يؤاذن عملاً بالظاهر واستصحاب الحال[١].

مذهب الإمامية:

جاء فى كتاب (الخلاف فى الفقه): أن المرأة إذا عضلها وليها وهو أن لايزوجها بكفء مع رضاها به كان لها أن توكّل من يزوجها أو تزوج نفسها إذا كانت بالغة؛ وذلك لإجماع الفرقة[٢].

وجاء فى (الروضة البهية): لو عضلها الولى، وهو أن لا يزوجها بالكفؤ مع وجوده ورغبتها فلا بحث فى سقوط ولايته، وجواز استقلالها به، ولافرق حينئذ بين كون النكاح بمهر المثل، وغيره، ولو منع الولى من غير الكفؤ لم يكن عضلاً[٣].

مذهب الإباضية:

جاء فى (شرح النيل): يجب تزويج المرأة من مختارها إن كان كفؤًا لها؛ لقوله تعالى: ﴿فانكحوهن بإذن أهلهن﴾[٤]، وقوله ﷺ «الأيم أحق بنفسها من وليها»[٥] أى الأيم أحق بنفسها إن وضعت نفسها فى كفؤها من وليها، ومعنى كونها أحق بنفسها من وليها أن حكمها بيدها وأن حكمها أيضًا بيد وليها، لكنه بيدها أعظم وأكثر فإنها لو شاءت تزوجًا بكفؤ وأراد

(١) البحر الزخار: ٣/٥٦ وما بعدها.
(٢) كتاب الخلاف فى الفقه: ٢/١٥٢ .
(٣) الروضة البهية: ٢/٧٢.
(٤) سورة النساء من الآية: ٢٥.
(٥) سبق تخريجه.

وليها المكث بلا تزوج أو أراد رجلاً وأرادت آخر وهما كفؤان لها لكان القول قولها، ويجبر الولى على تزويج المرأة إن امتنع منه بلا عذر، وهو ظلم لها وكبيرة يرضيها عليه أو تجعله فى حل، ويجبر بلا ضرب إن لم يجد كفأها ووجد غيره وخاف عليها الزنا، وإن امتنع وكلت حينئذٍ من يزوجها أو زوجها الحاكم والإمام أو الجماعة، وإن امتنع الولى بلا عذر من التزويج فقيل: يجبر بحبس وهو الصحيح، وقيل: يُضرب بلا عدد محدود حتى يزوجها من كفئها إن حضر الكفؤ، وقيل: يُضرب تأديبًا ويزوجها الإمام أو نحوه أو الجماعة أو يوكلون لها أو توكل هى أو يزوجها ولى دون الولى الممتنع كشقيق أب فيزوجها أبوى، وللحاكم والجماعة تزويج امرأة إن غاب وليها فى مسافة ثلاثة أيام فأكثر أو امتنع بما لا يقبل ولم يكن مَنْ دونه ولى أو كان لها ولى كالعدم كمجنون ومرتدٍ ومشركٍ[٦].

سابعاً : أثر الولاية فى خيار فسخ النكاح

مذهب الحنفية:

جاء فى (فتح القدير): إن زوّج الأب والجد الصغير والصغيرة فلا خيار لهما بعد بلوغهما؛ لأنهما كاملا الرأى، وافرا الشفقة، فيلزم العقد بمباشرتهما، كما إذا باشراه برضاهما بعد البلوغ، وإن زوجهما غير الأب والجد فلكل واحد منهما الخيار إذا بلغ، إن شاء أقام على النكاح، وإن شاء فسخ وهذا عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله، وقال أبو يوسف رحمه الله: لاخيار لهما اعتبارًا بالأب والجد، وذلك لأن قرابة الأخ

(٦) شرح النيل : ٣/٦٩، ٧٠، بتصرف.

ناقصة والنقصان يشعر بقصور الشفقة فيتطرق الخلل إلى المقاصد عسى والتدارك ممكن بخيار الإدراك، وإطلاق الجواب فى غير الأب والجد يتناول الأم، والقاضى هو الصحيح من الرواية، لقصور الرأى فى أحدهما ونقصان الشفقة فى الآخر فيتخير. قال: ويشترط فى فسخ النكاح بخيار البلوغ القضاء بخلاف خيار العتق؛ لأن الفسخ هاهنا لدفع ضرر خفى وهو تمكن الخلل؛ ولهذا يشمل الذكر والأنثى فجعل إلزاما فى حق الآخر فيفتقر إلى القضاء ، وقال أبو يوسف: لا خيار للصغير ولا للصغيرة إن زوجهما غير الأب والجد اعتبارًا بالأب والجد، ثم عند أبى حنيفة ومحمد إذا بلغت الصغيرة وقد علمت بالنكاح فسكتت. فهو رضًا، وإن لم تعلم بالنكاح فلها الخيار حتى تعلم فتسكت، شرط العلم بأصل النكاح؛ لأنها لا تتمكن من التصرف إلا به، والولى ينفرد به فعذرت بالجهل، ولم يشترط العلم بالخيار؛ لأنها تتفرغ لمعرفة أحكام الشرع والدار دار العلم فلم تعذر بالجهل، ثم خيار البكر يبطل بالسكوت، ولايبطل خيار الغلام ما لم يقل: رضيت، أو يجىء منه ما يعلم أنه رضًا، وكذلك الجارية إذا دخل بها الزوج قبل البلوغ؛ حيث لايبطل خيارها بالسكوت بعد البلوغ ما لم تقل رضيت، أو يجىء منها ما يعلم أنه رضًا كالتمكين من الوطء وطلب المهر اعتبارًا لهذه الحالة بحالة ابتداء النكاح فكما لا يكون سكوتها رضًا لو زُوجت ثيبًا بالغة لا يكون سكوتها رضًا حالة ثبوت الخيار وهى ثيب بالغة، ولو زُوجت بكرًا بالغة اكتفى بسكوتها فكذا إذا ثبت لها الخيار للعلم بالنكاح وهى بكر بالغة، وخيار البلوغ فى حق البكر لايمتد إلى آخر المجلس بل يبطل بمجرد سكوتها والمراد بالمجلس مجلس بلوغها بأن حاضت فى مجلس وقد كان بلغها النكاح، أو مجلس بلوغ خبر النكاح إذا كانت بكراً بالغة، والحاصل أنها إذا بلغت ثيبًا فوقت خيارها العمر؛ لأن سببه عدم الرضا فيبقى إلى أن يوجد ما يدل على الرضا بالنكاح، وكذا الغلام، وعلى هذا تظافرت كلماتهم[1].

مذهب المالكية:

جاء فى (المدونة): أن الإمام مالكًا رحمه الله تعالى قال: إنْ زَوَّج الأب ابنته الصغيرة بأقل من مهر مثلها جاز ذلك عليها إذا كان إنما زوجها على وجه النظر لها. ولا تزوج اليتيمة التى يولى عليها حتى تبلغ ولايقطع عنها ما جعل لها من الخيار وأمر نفسها؛ لما روى عن عمر بن عبد العزيز وابن شهاب - رضى الله تعالى عنهم - أن رسول الله ﷺ قال: «**كل يتيمة تستأمر فى نفسها فما انكرت لم يجز عليها وما صمتت عليه وأقرت جاز عليها وذلك إذنها**»[2][3].

مذهب الشافعية:

جاء فى (حاشيتى قليوبى وعميرة): لو أطلقت الإذن فلم تعين رجلا فبان الزوج غير كفء، قال الإمام صح باتفاق الأصحاب، قال البغوى: ولكن لها حق الفسخ كما لو أذنت فى رجل ثم وجدت به عيبًا. ولو زوجها الأقرب برضاها غير كفء، فليس للأبعد اعتراض؛ إذ لاحق له الآن فى

(١) فتح القدير : ٢/٤٠٧ - ٤١١، بتصرف واختصار.
(٢) المدونة: ٤/٥.
(٣) سنن الترمذى كتاب النكاح، باب: ما جاء فى إكراه اليتيمة على التزويج.

التزويج، ولو زوجها أحد المستوين بغير كفء برضاها دون رضا باقيهم لم يصح التزويج؛ لأن لهم حقًا فى الكفاءة فاعتبر رضاهم بتركها كالمرأة، وفى قول : يصح التزويج ولهم الفسخ؛ لأن النقصان يقتضى الخيار لا البطلان كما فى عيب البيع، ويجرى القولان فى تزويج الأب أو الجد بكرًا صغيرة أو بالغة من غير كفء بغير رضا البالغة ففى الأظهر التزويج باطل؛ لأنه خلاف الغبطة كالتصرف فى المال على خلافها بل أولى منه ؛ وفى القول الآخر المقابل للأظهر: يصح وللبالغة الخيار فى الحال وكذلك للصغيرة إذا بلغت[1].

مذهب الحنابلة:

جاء فى (المغنى): قال أحمد فى صغير زوجه عمه، فإن رضى به فى وقت من الأوقات جاز، وإن لم يرض فسخ، وإذا زُوِّجت اليتيمة فلها الخيار إذا بلغت[2].

وجاء فى (كشاف القناع): للأب خاصة تزويج بنيه الصغار وبنيه المجانين بالغين؛ لأنهم لا قول لهم فكان له ولاية تزويجهم كأولاده الصغار، وروى الأثرم أن ابن عمر زوّج ابنه وهو صغير فاختصموا إلى زيد فأجازه جميعًا وكأبى الصغيرة والمجنونة، وحيث زوج الأب ابنه لصغره وجنونه فإنه يزوجه بغير أمة لئلا يسترق ولده، ولامعيبة عيباً يرد به النكاح كرتقاء وجذماء لما فيه من التنفير، ويزوج الأب ابنه الصغير والمجنون بمهر المثل وغيره ولو كرهًا، وليس لهم

(١) حاشيتا قليوبى وعميرة : ٣/٢٢٣- ٢٢٤، ومغنى المحتاج: ٣/١٥٥، بتصرف .

(٢) المغنى مع الشرح الكبير: ٧ / ٣٦٥.

أى للبنين الصغار والمجانين إن زوجهم الأب خيار إذا بلغوا وعقلوا كما لو باع مالهم ونحوه[3].

وجاء فى موضع آخر: إن قال الولى: زوجتك هذه المسلمة فبانت كافرة فله الخيار فى فسخ النكاح؛ لأنه شرط صفة مقصودة فبانت بخلافها فأشبه ما لو شرطها حرة فبانت أمة وبالعكس بأن شرطها أو ظنها كافرة فبانت مسلمة لاخيار له؛ لأن ذلك زيادة خير فيها وإن شرطها بكرًا فبانت ثيبًا فله الخيار، أو شرطها جميلة أو ذات نسب فبانت بخلافه فله الخيار، أو شرطها بيضاء أو طويلة، أو شرط نفى العيوب التى لا ينفسخ بها النكاح كالعمى والخرس والصم والشلل ونحوه كالعرج والعور فبانت الزوجة بخلاف ما شرطه فله الخيار نصًا؛ لأنه شرط وصفًا مقصودًا فبانت بخلافه كما لو شرط الحرية فبانت أمة، ويرجع الزوج بالمهر إن قبضته على الغارِّ له منها أو من وليه أو وكيله للغرور[4].

مذهب الظاهرية:

جاء فى (المحلى): أنه يجوز للأب أن يزوج ابنته الصغيرة البكر ما لم تبلغ بغير إذنها ولا خيار لها إذا بلغت ، فإن كانت ثيبًا من زوج مات عنها أو طلقها لم يجز للأب ولا لغيره أن يزوجها حتى تبلغ، ولا إذن لها قبل أن تبلغ، وإذا بلغت البكر والثيب لم يجز للأب ولا لغيره أن يزوجها إلا بإذنها فان وقع فهو مفسوخ أبدًا، فأما الثيب فتنكح من شاءت وإن كره الأب، وأما البكر فلا يجوز لها نكاح إلا باجتماع إذنها وإذن أبيها، وأما

(١) كشاف القناع: ٣/ ٢٢ بتصرف .

(٢) السابق: ٣/ ٥٩ - ٦٠ بتصرف .

الصغيرة التى لا أب لها فليس لأحد أن ينكحها لا من ضرورة ولا من غير ضرورة حتى تبلغ، ولا لأحد أن ينكح مجنونة حتى تفيق وتأذن إلا الأب فى التى لم تبلغ وهى مجنونة فقط. أما جواز إنكاح الأب ابنته الصغيرة البكر بدون خيار لها إذا بلغت فالحجة فيه: إنكاح أبى بكر رضي الله عنه النبى ﷺ من عائشة رضى الله عنها وهى بنت ست سنين ، وهذا أمر مشهور وليس من خصوص النبى ﷺ؛ ولذا كان لنا أن نتأسى به فيه إلا أن يأتى نص بأنه له خصوص[1]، ولايجوز للأب ولا لغيره إنكاح الصغير الذكر حتى يبلغ فإن فعل فهو مفسوخ أبدا، فإن قول الله تعالى : ﴿ولا تكسب كل نفس إلا عليها﴾[2] مانع من جواز عقد أحد على أحد إلا أن يوجب إنفاذ ذلك نص قرآن، أو سنة، ولانص ، ولا سنة فى جواز إنكاح الأب لابنه الصغير وقد قال بهذا طائفة من السلف، روينا عن ابن طاوس عن أبيه قال : «إذا أنكح الصغيرين ابواهما فهما بالخيار إذا كبرا ولا يتوارثان إن ماتا قبل ذلك»[3]، ولايجوز للأب أن يزوج ابنته الصغيرة بأقل من مهر مثلها ولايلزمها حكم أبيها فى ذلك وتبلغ إلى مهر ولابد، برهان ذلك أنه حق لها بقول الله تعالى: ﴿وآتوا النساء صدقاتهن نحلة﴾[4] فإذ هو حق لها ومن جملة مالها فلا حكم لأبيها فى مالها لقول الله تعالى: ﴿ولاتكسب كل نفس إلا عليها﴾[5][6].

(١) المحلى: ٩/٤٥٨ - ٤٦٢، بتصرف .
(٢) سورة الأنعام ، الآية: ١٦٤.
(٣) المحلى: ٩/٤٦٢، ٤٦٤. وانظر تخريج الحديث فى مصنف عبد الرزاق: ٦/١٦٤.
(٤) سورة النساء، الآية : ٤.
(٥) سورة الأنعام، الآية : ١٦٤.
(٦) المحلى: ٩/٤٦٦ - ٤٦٧، بتصرف.

مذهب الزيدية:

جاء فى (البحر الزخار)، أنه يجوز للأب أن يجبر ابنته الصغيرة ولا خيار إذا بلغت ؛ لأن رسول الله ﷺ لم يخير عائشة فقد تزوجها وهى بنت ست سنين، وأدخلت عليه وهى بنت تسع سنين ومكثت عنده تسعًا . فإن كان الولى جداً فقيل: لها الخيار إذا بلغت كما هو الشأن فى سائر الأولياء، وقيل : بل الجد مثل الأب لتسميته أبًا، حيث قال الله تعالى : ﴿ملة أبيكم إبراهيم﴾[7] فلا خيار لها. أما غير هذين من الأولياء فَتُخير إذا بلغت؛ لنزول قول الله تعالى: ﴿ويستفتونك فى النساء﴾[8] نهيًا لأولياء النساء اليتامى عن نكاحهن إلا مع إيفاء مهورهن، وإذا جاز للأولياء جاز لغيرهم؛ إذ لم يفرق أحد، وإذا بلغت مَنْ زَوَّجها أبوها مجذومًا أو نحوه خيرت، وذكر القاسمية والمؤيد بالله أنه إذا بلغت من زَوَّجَها غير أبيها خيرت كالأمة عَتَقَتْ، ويبطل الخيار برضاها، أو تمكينها عالمة بالعقد والبلوغ وثبوت الخيار، قال المؤيد بالله : بل يبطل بتمكينها بعد البلوغ وإن جهلت الخيار؛ إذ هو إسقاط حق كما لو جومعت نائمة، وكذا لا خيار مطلقًا للصغيرة الثيب إذا زوجت، وقال القاسمية: لا خيار لها مع الأب فقط، وقال زيد بن على والإمام يحيى: بل لاخيار لها مع الأب والجد دون غيرهما، ويبطل خيارها بالتمكين من الوطء أو أى مقدماته مع العلم بالثلاثة وهى العقد والبلوغ وثبوت الخيار، ويجوز للأب أن يزوج الابن الصغير، ولا يختص الأب بذلك، قال أبو العباس:

(٧) سورة الحج، الآية : ٧٨.
(٨) سورة النساء، الآية: ١٢٧.

بل لأوليائه إنكاحه كلو كان أنثى، ويخير متى بلغ كالبنت، قال الإمام يحيى: ويخير إذا بلغ فى المعيبة والدنية والقطعاء ونحوها، ويحتمل أن العقد باطل لعدم المصلحة(١).

مذهب الإمامية:

جاء فى (الروضة البهية): أنه لايزوج الولى الطفل بذات العيب فيتخير كل منهما بعد الكمال لو زوج بمن لا يقتضيه الإذن الشرعى، لكن فى الأول: إن وقع العقد بدون مهر المثل على خلاف المصلحة تخيرت فى المهر على أصح القولين، وفى تخيرها فى أصل العقد قولان - أحدهما: التخيير؛ لأن العقد الذى جرى عليه التراضى هو المشتمل على المسمى، فمتى لم يكن ماضيًا كان لها فسخه من أصله، والثانى: عدمه؛ لعدم مدخلية المهر فى صحة العقد وفساده. وقيل: ليس لها الخيار مطلقًا؛ لأن ما دون مهر المثل أولى من العفو وهو جائز للذى بيده عقدة النكاح، وإذا لم يكن لها خيار فى المهر ففى العقد أولى، وعلى القول بتخيرها فى المهر يثبت لها مهر المثل، وفى توقف ثبوته على الدخول أم يثبت بمجرد العقد قولان. ولو كان العقد عليها بدون مهر المثل على وجه المصلحة؛ بأن كان هذا الزوج بهذا القدر أصلح وأكمل من غيره بأضعافه أو لاضطرارها إلى الزوج ولم يوجد إلا هذا بهذا القدر أو غير ذلك ففى تخيرها قولان، المتجه هنا عدم الخيار كما أن المتجه هناك ثبوت الخيار، وأما تزويجها من غير الكفء أو بالمعيب فلا شبهة فى ثبوت خيارها فى أصل العقد، وكذا القول بجميع التفاصيل السابقة فى جانب الطفل لو اشتمل على الأمرين ثبت الخيار فيها(٢).

مذهب الإباضية:

جاء فى (شرح النيل): أن ولى البكر إذا استأذنها فسكتت فزوجها فأنكرت لم يلزمها، وقيل: يلزمها ولا يقبل عليها قوله: أمرتنى أن أزوجها أو زوجتها فرضيت، وإن أمكنته نفسها فجامعها، أو تعرت قدامه فرأى ما بطن بعد علمها بالنكاح فذلك رضى كذلك، لا إن مسته هى، وإن أخبرها أمينان أن وليها زوجها من فلان ورضيت فخرج غيره لم يلزمها، ولزمها إذا رضيت فخرج الصداق أقل مما قيل لها، أو خرج التزويج فى غير الوقت المذكور لها، وإن قالت: زوجنى بمن شئت فلا بد من أن تخير بعد العقد فتقبل أو ترد، وإن قالت: زوجنى بفلان فزوجها به فكذلك وقيل: لا تجد فى هذا رجوعًا، وفى ذلك قول أنها لا تجد الإنكار إذا أباحت له أن يزوجها ولو لم يتعين رجلًا(٣)، وإن أمرت امرأة وليًا أن يزوجها لمعلوم بصداق معلوم فزوجها بأقل من ذلك خيرت فى إجازة ورد؛ لأنه نقصها عما أمرته به وإن لم تعلم بأنه زوجها بأقلّ حتى مُست لزم النكاح وضمن الولى ما نقص، وإن عينت له صداقًا وخالف فيه ولو بأكثر لم يلزمها إن دفعت، وإن لم تعلم بالمخالفة حتى مست لزم وضمن مانقص، وإن قالت قبلت النكاح ولما علمت قلة الصداق أنكرت لزم النكاح والصداق، وقيل: لزم الولى ما نقص، والصحيح الأول إذا لم تعين صداقًا(٤). وتصح المراجعة والإنكار عند أول البلوغ بحسب ظهوره فإنّ أوله على تحقيقه إنما يعلمه الله.

---

(١) البحر الزخار: ٥٦/٣ - ٥٨ بتصرف.

(٢) الروضة البهية: ٧٦/٢ - ٧٧، بتصرف.

(٣) شرح النيل: ١٤٦/٣- ١٤٧، بتصرف.

(٤) السابق: ١٤٩/٣، بتصرف.

وعند الإفاقة وانطلاق اللسان على الفور لابتراخٍ عن بلوغٍ أو إفاقة أو انطلاق، ولكن يعتبر للمفيق من جنونه مدة يُعلَم فيها بأنهم قد تزوجوا له عادة ، فإن ميز بعض تمييز في جنونه أنه ذو زوجة وبقى مميزًا بعض التمييز مقدار ما ينكر ولم ينكر فليس له الإنكار بعد، إلا إن لم يعقل الزيادة على كونه قد زوجوه، والذكر والأنثى فى ذلك سواء ، وقيل: لها أن تنكر حين رأت دمًا ولا تجده بعده بعد، وقيل: ما لم تطهر بعد وتجامع وإلا جاز لها متى أرادت، وهذا إن مسها، وإلا فلها ذلك ما لم ترض، وكذا سائر علامات البلوغ، وقيل: هى على حكم الإنكار ولو بلغت ما لم ترض أو يطأها، وقيل: ولو لبثت سنة ثم قالت: إنى منذ بلغت كارهة لكان القول قولها مع يمينها، وقيل فى الحكم: إذا حاضت ولم تنكر حتى غَسلَت ثبت عليها، وقيل: إن تزوج بالغة وعاشرها بعد بلوغه وخلا بها ثبت عليه. ومس الفرج ونظر باطنه كالوطء ، وقيل : لا ما لم يمسا فيما قبل ذلك وبعد حدوث ذلك، ولايعذر أن يجهل علامة البلوغ، ولا يجهل أن لهما الإنكار، ولا يقبل فى الحكم بعد تراخٍ على الأصح المعمول به، وإن أنكرت بعد بلوغ وهو غائب فلا ينبغى الحكم لها، لعلها قد رضيت فإن فعلت وتزوجت وقد أشهدت على الإنكار لم تمنع، وللغائب حجته، وسواء فى ذلك كان لها أب أو ما كانت يتيمة، وقيل: لا خيار لصبية زوجها أبوها، وقيل: ولا لصبى زوجه أبوه، وقيل : ولا لأحدهما إن زوجه ولى أو وصى ورآه أصلح ، وقيل : لا يجوز تزويج صبى وصبية فيما بينهما أو بغيرهما وهو باطل، ولو أتموه بعد بلوغ ولابد من تجديده، وقيل : موقوف للبلوغ ولو من الأب، فإن أجيز جاز، وإن أمر الصبية أهلها بالإنكار من زوجها فإنكارها باطل وإن تزوجت غيره كانت عنده حرامًا[(١)].

ثامنًا: نقل الولاية فى النكاح ورفعها:

مذهب الحنفية :

١ - إذا طرأ على الولى ما يخل بشروط صلاحيته:

جاء فى (بدائع الصنائع): لا ولاية للمرتد على أحد، لا على مسلم ولا على كافر ولا على مرتد مثله؛ لأنه لا يرث أحدًا، ولأنه لا ولاية له على نفسه حتى لا يجوز إنكاحه لا مسلمًا ولا كافرًا ولا مرتدًا مثله، فلا يكون له ولاية على غيره، إلا أن ولد المرتد إذا كان مؤمنًا صار مخصوصًا عن النص[(٢)].

٢ - نقل الولاية بالغيبة:

جاء فى (الهداية): إذا غابَ الولىُّ الأقرب غيبة منقطعة جاز لمن هو أبعدُ منه أن يزوِّج؛ لأن هذه ولاية نظرية تثبت نظرًا لليتيمة لحاجتها إليها، وليس من النظر التفويض إلى من لا ينتفع برأيه ففوضناه إلى الأبعد[(٣)].

٣ - نقل الولاية بالعضل:

جاء فى (البحر الرائق): إذا خطبها كُفءٌ وعضلها الولى تثبتُ الولاية للقاضى، قال الرملى: الإجماعُ على أنها تنتقل إلى الأبعد فيُحمل ما هنا على من ليس لها ولىٌّ أبعدُ، وقيل: إذا كان للصغيرة أبٌ امتنع عن تزويجها لا تنتقلُ الولاية إلى الجدِّ بل يزوجُها القاضى[(٤)].

(١) شرح النيل: ٣/٣٢٣، ٣٢٤ بتصرف.
(٢) بدائع الصنائع: ٢/٢٣٩.
(٣) فتح القدير: ٢/٤١٥ بتصرف.
(٤) البحر الرائق: ٣/١٣٦ بتصرف.

مذهب المالكية:

١ ـ إذا طرأ على الولى ما يخل بشروط صلاحيته:

جاء فى (شرح مختصر خليل للخرشى): أن الإحرام الكائن من أحل الثلاثة وهم الزوج والزوجة والولى يمنع من صحة عقد النكاح فلا يقبل زوج ولا تأذن زوجة ولا يوجب ولى محرومون، ولا يوكلون ولا يجيزون إلى إتمام الإحلال بالرمى والطواف والسعى فى الحج والعمرة؛ فالعبرة بوقت العقد حلا أو حرمًا فى الثلاثة أحدهم، فإن وكل حلا يعقد إلا وأحدهم محرم فسد، وإن وكل محرمًا فلم يعقد إلا والجميع حل لم يفسد ويستثنى من ذلك إذا كانت الولاية للسلطان وهو محرم ونائبه، ولو قاضيًا حلال فيصبح العقد لعموم مصالح الناس، وكذا إذا كانت الولاية ابتداء للقاضى وهو محرم ونائبه حلال فكذلك صحيح إذا علمت ذلك تفهم معنى قول الشارح، ولا يوكلون إلخ. وقوله: (بالرمى) أى فلو لم يرم جمرة العقبة وطاف وركع للطواف ثم عقد فإن عقده يفسخ(١).

٢ ـ نقل الولاية بالغيبة:

جاء فى (شرح مختصر خليل للخرشى): للحاكم أن يزوّج ابنة المجْبِر إذا غاب عنها غيبة بعيدة، وغايتها كما قاله مالك مسافة إفريقية أى القيروان، واختلف فى ابتدائها هل مصر أو المدينة؟، وللحاكم تزويجها، والمعنى: أن الولىَّ الأقرب غير المُجْبر إذا غاب غيبةً مسافتها من بلدِ المرأة ثلاث ليالِ أو نحوها ودعت لكُفْء وأثبتت ما تدعيه من الغيبة والمسافة والكفاءة فإن الحاكم يزوجها لا الأبعد؛ لأن غيبة الأقرب لما تسقط حقه، والحاكم وكيلُ الغائبِ، وإن لم يحصل من الغائبِ عضلٌ، وذلك لأن غيبته بمنزلة عضله، ولو زوجها الأبعد فى هذه الحالة صحَّ، وما زاد على الثلاث حكمه حكم الثلاث، وما نقص عن الثلاث فإنه ينتقل الحق للأبعد لكن بعد الإرسال إليه، وإذا حصل لأبى البكر أسرٌ أو فُقِدٌ ولم يعلم له خبرٌ فينزلُ بمنزلة الموت، فالمشهور أن الأبعد من أوليائها يزوجها لا الحاكم(٢).

٣ ـ نقل الولاية بالعضل:

جاء فى (شرح مختصر خليل للخرشى): إن عُدَّ الولى عاضلا بردِّ أولِ كُفْء حينئذ يزوجها الحاكم بعد ثبوت ثيوبتها عندهُ، وملكها أمرَ نفسها وإن المهر مهرُ مثلها وكفاءةُ الخاطبِ، وإن شاءَ ردَّ العقدَ لغير العاضل من الأولياء(٣).

مذهب الشافعية:

١ ـ إذا طرأ على الولى ما يخل بشروط صلاحيته:

جاء فى (مغنى المحتاج): إن فسق الولى تنتقل الولاية للأبعد لحديث: «**لا نكاح إلا بولىٍّ مُرْشِد**»(٤)، ونقل ابن داود عن الشافعى فى البُويطىِّ أنه قال: المُرادُ بالمرشد فى الحديث العدلُ؛ لأنه نقْصٌ يقدح فى الشهادة فيمنع الولاية كالرِّق(٥).

(١) شرح مختصر خليل للخرشى: ٣/١٨٨.

(٢) المرجع السابق: ٣/١٨٧ بتصرف.

(٣) المرجع السابق: ٣/١٨٩ بتصرف.

(٤) سبق تخريجه.

(٥) مغنى المحتاج: ٣/١٤٦، ١٤٧ بتصرف.

٢ ـ نقل الولاية بالغيبة:

جاء فى (مغنى المحتاج): لو غابَ الولىُّ الأقرب نسبًا أو ولاءً إلى مرحلتين ولا وكيل له حاضرًا بالبلد، أو دُون مسافة القصر زوَّج سلطانُ بلدها أو نائبه لا سلطان غير بلدها، ولا الأبعد على الأصح؛ لأن الغائب ولىٌّ والتزويجُ حق له، فإذا تعذَّرَ استيفاؤه منه ناب عنه الحاكم، وقيل: يُزوِّجُ الأبعد، قال الشيخان: والأولى للقاضى أن يأذَنَ للأبعد أن يزوج، أو يستأذنهُ فيُزوِّج القاضى للخروج من الخلاف(١).

٣ ـ نقل الولاية بالعضل:

جاء فى (مغنى المحتاج): يُزوِّجُ السلطان إذا عضل النَّسيب القريبُ ولو مُجبرًا، أى امتنع من تزويجها هو والمعتِق وعصبَتُهُ؛ لأنه حقٌّ عليهم، فإذا امتنعُوا من وفائه وفاهُ الحاكم، ولاً تنتقل الولاية للأبعد جَزْمًا، وهذا محلُّه إذا كان العضْلُ دون ثلاث مرات، فإن كان ثلاث مرات زوَّج الأبعد(٢).

مذهب الحنابلة :

١ ـ إذا طرأ على الولى ما يخل بشروط صلاحيته:

جاء فى (المغنى): أن من ذهب عقله بجنون أو كبر؛ كالشيخ إذا أفند قال القاضى: والشيخ الذى قد كبر فلا يعرف موضع الحظ لها ولا ولاية له، فأما الإغماء فلا يزيل الولاية؛ لأنه يزول عن قريب فهو كالنوم، ومن كان يجن فى الأحيان لم تزل ولايته؛ لأنه لا يدوم زوال عقله فهو كالإغماء(٣).

٢ ـ نقل الولاية بالغيبة:

جاء فى (المغنى): أن الأقرب إذا غاب غيبة منقطعة فللأبعد من عصبتها تزويجها دون الحاكم؛ ولنا دليل: قوله عليه السلام: «السلطان ولىّ من لا ولىّ له»(٤) وهذه لها ولىّ فلا يكون السلطان وليها، ولأن الأقرب تعذر حصول التزويج منه فتثبت الولاية لمن يليه من العصبات كما لو جن أو مات، ولأنها حالة يجوز فيها التزويج لغير الأقرب فكان ذلك للأبعد كالأصل(٥).

٣ ـ نقل الولاية بالعضل:

جاء فى (المغنى): إذا عضلها الولىّ الأقرب انتقلت الولاية إلى الأبعد نص عليه أحمد، وعنه رواية أخرى تنتقل إلى السلطان؛ لقول النبى «فإن اشتجروا فالسلطان ولىّ من لا ولىّ له»(٦)، ولأن ذلك حق عليه امتنع من أدائه فقام الحاكم مقامه؛ كما لو كان عليه دين وامتنع من قضائه، ودليلنا: أنه تعذر التزويج من جهة الأقرب فملكه الأبعد كما لو جن، ولأنه يفسق بالعضل فتنتقل الولاية عنه كما لو شرب الخمر، فإن عضل الأولياء كلهم زَوّج الحاكم(٧).

مذهب الظاهرية:

١ ـ إذا طرأ على الولىُّ ما يخل بشروط صلاحيته:

جاء فى (المحلى): إذا أسلمت البكر ولم يسلم أبوها فهى فى حكم التى لا أب لها؛ لأن الله تعالى قطع الولاية بين الكفار والمؤمنين قال

(١) مغنى المحتاج: ١٤٨/٣، ١٤٩ بتصرف.
(٢) السابق: ١٤٤/٣، ١٤٥ بتصرف.
(٣) المغنى مع الشرح الكبير: ٤٢٤/٧، ٤٢٥ بتصرف.
(٤) سبق تخريجه.
(٥) المغنى مع الشرح الكبير: ٤٣٠/٧، ٤٣٢ بتصرف.
(٦) سبق تخريجه.
(٧) المغنى: ٤٣٠/٧، ٤٣٢ بتصرف.

تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا لا تتولوا قوما غضب الله عليهم﴾(١) وقال تعالى: ﴿والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض﴾(٢) فلها أن تنكح من شاءت بإذن غيره من أوليائها أو السلطان، وكذلك التى أسلم أبوها ولم تسلم هى، فإن أسلم أو أسلمت أو عقل رجعت إلى حكم ذات الأب لدخوله فى الأمر بإنكاحها واستئذانها(٣).

٢ ـ نقل الولاية بالغيبة :

جاء فى (المحلى): إن كان الولىُّ غائبًا فلابد من انتظاره، فإن قالوا: إن ذلك يضر بها قلنا: الضرورة لا تبيح الفروج، ولما روينا عن أبى هلال قال: سألت الحسنْ؟ فقلت: سألك أبا سعيد عن امرأة خطبها رجل ووليها غائب بسجستان، ولوليها ههنا ولىٌّ أيزوجها ولى وليها؟ قال: لا ولكن اكتبوا إليه، قلت له: إن الخاطب لا يصبر، قال: فليصبر، قال له رجل: إلى متى يصبر؟ قال الحسن: يصبر كما صبر أهل الكهف(٤).

٣ ـ نقل الولاية بالعضل :

جاء فى (المحلى): إن أبى أولياء المرأة من الإذن لها زوجها السلطان على رغم أنف الولىِّ الآبى(٥).

مذهب الزيدية:

١ ـ إذا طرأ على الولىّ ما يخل بشروط صلاحيته:

جاء فى (البحر الزخار): إذا أحْرَمَ الولىُّ بعد المطالبة انتقلت الولاية إلى الأقرب بعدهُ كالكُفْر؛ إذ كلٌّ منهما صفةٌ مانعة(٦).

٢ ـ نقل الولاية بالغيبة:

جاء فى (البحر الزخار): مَنْ غاب فَخَفِىَ مكانه ولم يدر أحىٌّ أم ميتٌ بطلتْ ولايته إجماعًا، وقيل: وينتظر شهرًا إذ ولايته متحققة، فلا تبطلُ بدون مدة الغيبة المنقطعة، وقيل: لا ينتظر؛ إذ هى منقطعة كتلك قلت: وهوالأقرب للمذهب وهى فوق شهر، قيل: بيوم أو يومين، وتنتقل فورًا إلى أقرب العصبة بعده كلو مات، وقيل: بل إلى الإمام؛ إذ ولاية الغائب باقيةٌ، إذ لو أنكحها صَحَّ، لكن تعذرت فَنَاب عنه الإمام كالمديُون، قلت: وهو قوى، ومن لا ينال فى حبس أو نحوه، انتقلت ولايته فورًا، وقيل: إن لم يظن خروجه فى الشهر، والأول أقرب، قلت: ومثله من علم أنه فى قطر لكن يظنُّ أنه لا يُحصى طَلَبُهُ فى شهر، قلت: فإن التَبَس انتقلت أيضًا كاللَّبْسِ فى المسجون، والعلَّةُ تعذُّرُ استيفاء حقها فى الحال كالغيبة، وإذا تزوجت من غاب وليُّها ثم حضرَ فَلَهُ الخيارُ فى غيرِ الكُفءِ(٧).

٣ ـ نقل الولاية بالعضل:

جاء فى (البحر الزخار): إن امتنع الولىُّ من تزويج البالغة الرَّاضية من الكُفْءِ من غير مانع، فتبطل ولايته؛ لقوله (: «ثلاث لا ينبغى التأنى فيهن»(٨)، وتنتقل ولايته إجماعًا، ولا يخيَّرُ؛ لقوله

(١) سورة الممتحنة: من الآية: ١٣.
(٢) سورة التوبة: من الآية: ٧١.
(٣) المحلى: ٩/٤٦٣.
(٤) السابق: ٩/٤٥٤ بتصرف.
(٥) السابق: ٩/٤٥١، ٤٥٧ بتصرف.
(٦) البحر الزخار: ٣/٥٥.
(٧) المرجع السابق: ٣/٥٤، ٥٥ بتصرف.
(٨) سبق تخريجه.

«فإن اشتجروا فالسلطان»[١]، فإن رجع عن العضل قبْل الإنكاح عادت الولاية[٢].

مذهب الإمامية :

١ - إذا طرأ على الوليِّ ما يخل بشروط صلاحيته:

جاء فى (شرائع الإسلام): إذا أوجب الولى ثم جن أو أغمى عليه، بطل حكم الإيجاب، فلو قبل بعد ذلك كان لغوًا، وكذا لو سبق القبول وزال عقله، فلو أوجب الولى كان لغوًا[٣].

٢ - نقل ولاية بالغيبة:

جاء فى كتاب (الخلاف فى الفقه): إن أولى الأولياء إذا كان مفقودًا أو غائبًا غيبة منقطعة على مسافة قريبة أو بعيدة وكلت المرأة وزوجت نفسها، ولم يكن للسلطان تزويجها إلا بوكالة منها، وهذا مبنى على ما قررناه من أنه لا ولاية لغير الأب والجد، ومتى كان أحدهما غائبًا كان للآخر تزويجها، وإن غابا جميعًا وكانت بالغة كان لها أن تعقد على نفسها، أو توكل من شاءت من باقى الأولياء[٤].

٣ - نقل الولاية بالعضل:

جاء فى كتاب (الخلاف فى الفقه): أن المرأة إذا عضلها وليّها وأبى أن يزوجها من كفء مع رضاها به كان لها أن توكل من يزوجها، أو تزوج نفسها إذا كانت بالغة لإجماع الفرقة على ذلك[٥].

(١) سبق تخريجه.
(٢) البحر الزخار: ٣/٥٥ بتصرف.
(٣) شرائع الإسلام: ٢/٢٧٤.
(٤) كتاب الخلاف فى الفقه: ٢/١٥٢ بتصرف.
(٥) السابق: ٢/١٥٢ بتصرف.

مذهب الإباضية :

١ - إذا طرأ على الوليِّ ما يخل بشروط صلاحيته:

جاء فى (شرح النيل): إن جن أحد الأبوين أو ارتد زوجها الباقى[٦].

٢ - نقل الولاية بالغيبة:

جاء فى (شرح النيل): وإن طالت غيبتُه وبعد واحتاجت من دونه إن وجد، وإلا فالجماعة[٧].

٣ - نقل الولاية بالعضل:

جاء فى (شرح النيل): يُجبر الوليّ على تزويجها إن امتنع منه بلا عُذر، ويُجبر بلا ضرب إن لم يجدْ كُفْأهَا ووجد غيره وخاف عليها الزنا، وإن امتنع وكلت حينئذ من يُزَوجها أو زوَّجها الحاكم والإمام أو الجماعة، فقيل: يُجبر بحبْس وهو الصيح، وقيل: يُضرب بلا عدد محدود حتى يُزوجها من كُفْئِهَا إن حضر الكُفؤُ، وقيل: يُضرب تأديبًا ويزوّجها الإمام أو نحوه أو الجماعة أو يُوكلون لها أو تُوكّل هى أو يُزوّجها ولىٌّ دون الولىِّ المُمْتنع كشقيق أبٍ فيُزوجُها أبوى[٨].

القسم الثانى : الأولياء فى غير النكاح

الولاية فى الزكاة

١ - الولاية فى زكاة المال والزروع والتجارة:

من له ولاية المطالبة والأخذ، ومن له ولاية الأداء:

مذهب الحنفية:

جاء فى (بدائع الصنائع): أن من له ولاية الأخذ فى الزكاة يختلف تبعًا لاختلاف مال

(٦) شرح النيل: ٣/٦٧ بتصرف.
(٧) السابق: ٣/٦٥، ٦٦ بتصرف.
(٨) السابق: ٣/٦٩، ٧٠ بتصرف.

الزكاة، فمال الزكاة نوعان: ظاهر - وهو المواشى والمال الذى يمر به التاجر على العاشر. وباطن - وهو الذهب والفضة وأموال التجارة فى مواضعها.

- أما زكاة المال الظاهر فللإمام ونوابه - وهم المصدقون من السعاة[1] والعشار[2] - ولاية الأخذ، والدليل على أن للإمام ولاية الأخذ فى المواشى، والأموال الظاهرة الكتاب والسُنة والإجماع وإشارة الكتاب. أما الكتاب فقول الله عز وجل: ﴿خذ من أموالهم صدقة﴾[3] والآية نزلت فى الزكاة؛ عليه عامة أهل التأويل، أمر الله عز وجل نبيه (بأخذ الزكاة، فدل على أن للإمام المطالبة بذلك والأخذ، قال الله سبحانه - وتعالى: ﴿إنما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها﴾[4] فقد بين الله تعالى ذلك بيانًا شافيًا حيث جعل للعاملين عليها حقًا، فلو لم يكن للإمام أن يطالب أرباب الأموال بصدقات الأنعام فى أماكنها، وكان أداؤها إلى أرباب الأموال لم يكن لذكر العاملين عليها وجه.

- وأما السُنة: فإن رسول الله (كان يبعث المصدقين إلى أحياء العرب والبلدان والآفاق لأخذ الصدقات من الأنعام والمواشى فى أماكنها، وعلى ذلك فعل الأئمة من بعده - من الخلفاء الراشدين - أبو بكر وعمر وعثمان وعلى رضى - الله تعالى عنهم -، حتى قال الصديق) لما امتنعت العرب عن أداء الزكاة: «والله لو منعونى عقالاً كانوا يؤدونه إلى رسول الله (لحاربتهم عليه»[5]. وظهر العمال بذلك من بعدهم إلى يومنا هذا. وكذا المال الباطن إذا مر به التاجر على العاشر كان له أن يأخذ فى الجملة؛ لأنه لما سافر به وأخرجه من العمران صار ظاهرًا والتحق بالسوائم، وهذا لأن الإمام إنما كان له المطالبة بزكاة المواشى فى أماكنها لمكان الحماية؛ لأن المواشى فى البرارى لا تصير محفوظة إلا بحفظ السلطان وحمايته، وهذا المعنى موجود فى مال يمر به التاجر على العاشر فكان كالسوائم، وعليه إجماع الصحابة - رضى الله تعالى عنهم - فإن عمر) نصب العشار وقال لهم: «خذوا من المسلم ربع العشر، ومن الذمى نصف العشر، ومن الحربى العشر»[6] وكان ذلك بمحضر من الصحابة - رضى الله تعالى عنهم - ولم ينقل أنه أنكر عليه واحد منهم فكان إجماعًا.

- وأما المال الباطن الذى يكون فى المصر فقد قال عامة مشايخنا - رحمهم الله تعالى - : إن رسول الله (طالب بزكاته، وكذلك طالب بها أبو بكر وعمر - رضى الله تعالى عنهما-. وطالب بها عثمان) زمانًا، ولما كثرت أموال الناس ورأى أنه فى تتبعها حرجًا على الأمة وفى تفتيشها ضررًا بأرباب الأموال فوض الأداء إلى أربابها.

- وجاء فى (موضع آخر): أن شرط ولاية الآخذ أنواع: منها وجود الحماية من الإمام، حتى لو ظهر أهل البغى على مدينة من مدائن أهل العدل أو قرية من قراهم وغلبوا عليها فأخذوا صدقات سوائمهم وعشور أراضيهم وخراجها ثم

(١) الساعى: هو الذى يسعى فى القبائل ليأخذ صدقة المواشى فى أماكنها.
(٢) العاشر: هو الذى يأخذ الصدقة من التاجر الذى يمر عليه.
(٣) سورة التوبة، آية: ١٠٣.
(٤) سورة التوبة، آية: ٦٠
(٥) صحيح البخارى، كتاب الاستمساك بالكتاب والسنة، باب الاقتداء بسنن رسول الله.
(٦) أخرجه الإمام مالك فى الموطأ، كتاب الزكاة، باب العشر.

ظهر عليهم إمام العدل لا يأخذ منهم ثانيًا؛ لأن حق الأخذ للإمام لأجل الحفظ والحماية ولم يوجد، إلا أنهم يفتون فيما بينهم وبين ربهم أن يؤدوا الزكاة والعشور ثانيًا.

ـ ومنها وجوب الزكاة، فتراعى له شرائط الوجوب، وهى ما ذكرنا من الملك المطلق، وكمال النصاب، وكونه معدًا للنماء، وحولان الحول، وعدم الدين المطالب به من جهة العباد، وأهلية الوجوب، ونحو ذلك.

ـ ومنها ظهور المال وحضور المالك، حتى لو حضر المالك ولم يظهر ماله لا يطالب بزكاته؛ لأنه إذا لم يظهر ماله لا يدخل تحت حماية السلطان، وكذا إذا ظهر المال ولم يحضر المالك، ولا المأذون من جهة المالك كالمستبضع ونحوه لا يطالب بزكاته. وبيان هذه الجملة إذا جاء الساعى إلى صاحب المواشى فى أماكنها يريد أخذ الصدقة فقال: ليست هى مالى؛ أو قال: لم يحل عليها الحول؛ أو قال: علىّ دين يحيط بقيمتها؛ فالقول قوله؛ لأنه ينكر وجوب الزكاة، ويستحلف؛ لأنه تعلق به حق العبد وهو مطالبة الساعى فيكون القول قوله مع يمينه[1].

مذهب المالكية:

جاء فى (التاج والإكليل): أن الإمام مالكًا ـ رحمه الله تعالى ـ قال: إذا كان الإمام عدلاً مثل عمر بن عبد العزيز ـ رضى الله تعالى عنه ـ فلا يخرج أحد زكاته حتى يأتيه المصدق، فإن أتاه فقال: قد أديتها؛ لم يقبل قوله وليأخذه بها. وقال أشهب ـ رحمه الله تعالى ـ :لا شىء عليه إلا أن يتهم بمنع الزكاة، قال مالك: وإن كان الإمام غير عدل فليضعها مواضعها إن خفى له ذلك، وأحب إلى أن يهرب بها عنهم إن قدر، فإن خاف أن يأتوه ولم يقدر أن يخفيها عنهم فليؤخر ذلك حتى يأتوه، فإن أخذوها منه أجزأه.

ـ وقال اللخمى ـ رحمه الله تعالى ـ : تفريق الزكاة ـ الماشية والعين والحرث ـ إلى أئمة العدل دون أصحاب الأموال، فإن كان قوم ليس لهم إمام، أو كان لهم إمام لكنه غير عدل كان إنفاذها إلى أصحاب الأمول، وإن مكنوا منها الإمام إذا كان غير عدل مع القدرة على إخفائها عنه لم تجز، ووجب إعادتها[2].

ـ وجاء فى «مواهب الجليل»: ولو أن إمامًا شُغل عن الناس ولم يبعث المصدق سنين فإنه يزكى السنين الماضية كل شىء وحده فى أيديهم من الماشية لما مضى من السنين، قال مالك ـ رحمه الله تعالى ـ : إذا كانت غنم فغاب عنها الساعى خمس سنين فوجدها حين جاءها ثلاثًا وأربعين شاة أخذ منها أربع شياه لأربع سنين، وسقطت عن ربها سنة؛ لأنه حين أخذ منها أربع شياه صارت إلى أقل مما تجب فيه الزكاة فلا زكاة عليه فيها[3].

مذهب الشافعية :

جاء فى (مغنى المحتاج). أن لصاحب المال أن يؤدى بنفسه زكاة المال الباطن ـ وهو النقدان وعروض التجارة والركاز ـ لمستحقه وإن طلبها

(١) بدائع الصنائع: ٢ / ٣٥ ـ ٣٧. بتصرف وإيجاز.

(٢) التاج والإكليل: ٢ / ٢٧٢. بتصرف وإيجاز.

(٣) مواهب الجليل : ٢/ ٢٧١ بتصرف وإيجاز.

الإمام، وليس للإمام أن يطالبه بقبضها بالإجماع كما قاله فى (المجموع). نعم إن علم أن المالك لا يزكى فعليه أن يقول له: أدها وإلا ادفعها إلىّ، وكذا زكاة المال الظاهر ـ وهو النعم والمعشر والمعدن ـ على الجديد قياسًا على المال الباطن، أما على القديم فيجب صرفها إلى الإمام أو نائبه لقول الله عز وجل: ﴿خذ من أموالهم صدقة[1]...﴾ وظاهره الوجوب، هذا إن لم يطلبها الإمام، فإن طلبها وجب تسليمها إليه، وإن كان جائرًا بذلاً للطاعة، بخلاف زكاة المال الباطن؛ إذ لا نظر له فيها، وله مع الأداء فى المالين أن يوكل فيه لأنه حق مالى، فجاز التوكيل فى أدائه كديون الآدميين كما أن له أن يصرف بنفسه أو وكيله إلى الإمام أو الساعى؛ لأنه نائب المستحقين فجاز الدفع إليه، ولأن رسول الله (والخلفاء ـ رضى الله تعالى عنهم ـ بعده كانوا يبعثون السعاة لأخذ الزكوات، والأظهر أن الصرف إلى الإمام أفضل من تسليم المالك بنفسه أو وكيله إلى المستحقين؛ لأنه أعرف بهم وأقدر على الاستيعاب، ولتيقن البراءة بتسليمه، بخلاف ما إذا فرق بنفسه فإنه قد يعطى غير المستحقين، ولو اجتمع الإمام والساعى فالدفع إلى الإمام أولى ـ قاله الماوردى رحمه الله ـ إلا أن يكون جائرًا فالأفضل أن يفرق بنفسه؛ لأنه على يقين من فعل نفسه، وفى شك من فعل غيره، والقول الثانى الذى يقابل الأظهر: الأفضل الصرف إلى الإمام مطلقًا. والقول الثالث: الأفضل تفرقته بنفسه مطلقًا ليخص الأقارب والجيران والأحق، وينال أجر التفريق. وكان الأولى التعبير بالأصح كما فى الشرحين والروضة والمجموع.

ـ ومحل الخلاف فى الأموال الباطنة، أما الظاهرة فتسليمها ـ كما قاله فى المجموع ـ إلى الإمام وإن كان جائرًا أفضل من تفريق المالك أو وكيله لها.

ـ هذا، والمراد بالإمام العادل: العادل فى الزكاة، وإن كان جائرًا فى غيرها كما نقله فى الكفاية عن الماوردى ـ رحمه الله تعالى[2].

مذهب الحنابلة :

جاء فى (المغنى): أنه يستحب للإنسان أن يلى تفرقة الزكاة بنفسه ليكون على يقين من وصولها إلى مستحقها، سواء كانت من الأموال الظاهرة أو الباطنة. قال الإمام أحمد ـ رحمه الله تعالى ـ: أعجب إلىّ أن يخرجها، وإن دفعها إلى السلطان فهو جائز. وقال مكحول وسعيد بن جبير وميمون بن مهران ـ رضى الله تعالى عنهم ـ: يضعها رب المال فى موضعها.

ـ وقد روى عن أحمد ـ رحمه الله تعالى ـ أنه قال: أما صدقة الأرض فيعجبنى دفعها إلى السلطان. وأما زكاة الأموال كالمواشى فلا بأس فى أن يضعها فى الفقراء والمساكين.

ـ والدليل على أنه يجوز للمالك أن يدفع زكاة الأموال الظاهرة بنفسه أنه دفع الحق إلى مستحقه الجائز تصرفه فأجزاه، كما لو دفع الدين إلى غريمه، وكزكاة الأموال الباطنة، ولأنه أحد نوعى الزكاة فأشبه النوع الآخر، والآية تدل على أن للإمام أن يأخذها، ولا خلاف فيه.

ـ وأما وجه فضيلة دفعها بنفسه فلأنه إيصال الحق إلى مستحقه مع توفير أجر العمالة وصيانة

(١) سورة التوبة، الآية: ١٠٣.

(٢) مغنى المحتاج: ١ / ٤٠٢، بتصرف وإيجاز.

حقهم عن خطر الخيانة، ومباشرة تفريج كربة مستحقها وإغنائه بها مع إعطائها للأولى بها من محاويج أقاربه وذوى رحمه وصلة رحمه بها فكان أفضل، كما لو لم يكن آخذها من أهل العدل؛ إذ الإمام العادل لا يتولى أخذها بنفسه، وإنما يفوضه إلى سعاته، ولا تؤمن منهم الخيانة، ثم ربما لا يصل شيء منها إلى المستحق الذى قد علمه المالك من أهله وجيرانه، وهم أحق الناس بصلته وصدقته ومواساته[1].

مذهب الظاهرية :

جاء فى (المحلى): أنه ليس على من وجب عليه الزكاة أن يوصلها إلى السلطان لكن عليه أن يجمع ماله للمصدق ويدفع إليه الحق، ثم مؤنة نقل ذلك من نفس الزكاة، وهذا ما لا خلاف فيه من أحد، وكذلك كان رسول ﷺ يبعث المصدقين - وهم السعاة - فيقبضون الواجب، ويبرأ أصحاب الأموال من ذلك، فإن لم يكن مصدق فعلى من عليه الزكاة أن يوصلها إلى من يحضره من أهل الصدقات ولا مزيد؛ لأن تكليف النقل مؤنة وغرامة لم يأت بما نص ولا إجماع[2].

مذهب الزيدية :

جاء فى (شرح الأزهار): أن ولاية الزكاة إلى الإمام ظاهرة وباطنة، ولا ولاية لرب المال فيها مع وجود الإمام العادل، فالظاهرة زكاة المواشى والثمار، والباطنة زكاة النقدين وما فى حكمهما - مثل سبائك الذهب والفضة، وكل ما كان زكاته ربع العشر - وأموال التجارة.

وإنما تثبت ولايتها إليه حيث تنفذ أوامره ونواهيه، وذلك فى الموضع الذى استحكمت وطأته عليه، وأما فى الموضع الذى لا تنفذ فيه أوامره فلا ولاية له، وقد كان الهادى - عليه السلام - يردها ويأبى قبضها من أربابها من غير بلد ولايته؛ لأنه لا يحميهم. قال فى (الياقوتة): والأفضل دفعها إلى الإمام. وقال المؤيد بالله والمنصور بالله: بل الولاية إليه عمومًا حيث تنفذ أوامره. وحيث لا تنفذ، فلا يجوز لرب المال تفريقها إلا بأمر منه؛ لمقابلته إياهم عليها. قال عليه السلام: وهو قوى.

- وإذا ثبت أن أمر الزكاة إلى الإمام فمن أخرج زكاته إلى غير الإمام بعد أن وقع الطلب من الإمام لم يجزه التى أخرجها ولزمه أن يعيدها، ولو كان حال الإخراج جاهلاً يكون أمرها إلى الإمام، أو جاهلاً بمطالبته. ذكره أبو طالب.

- قال مولانا عليه السلام: هذا إذا كان الواجب مجمعًا عليه، فأما المختلف فالجهل فيه كالاجتهاد، لكن أبا طالب بنى على أن الخلاف فى كون أمر الزكاة إلى الإمام إنما هو مع عدم الطلب من الإمام، فأما مع مطالبته فأمرها إليه بالإجماع حيث تنفذ أوامره. وقال أبو العباس: بل تجزيه مع جهل ظهور دعوة الإمام، أو جهل كون أمرها إليه. قال عليه السلام: وفيه نظر.

- وتكفى المالك فى تسليم الزكاة وسقوط ضمانها بكل وجه أن تقع منه التخلية لزكاته إلى المصدق، فإذا خلا بين المصدق وبين الزكاة تخلية صحيحة فقد سلَّم زكاته وخرج من عهدة ضمانها، ولو لم يحملها المصدق ولا يقبلها، وهذا

(١) المغنى مع الشرح الكبير: ٢ / ٥٠٧ - ٥٠٩، بتصرف وإيجاز.
(٢) المحلى: ٦ / ٩٥.

الحكم يختص بالمصدق فقط بخلاف التخلية إلى الإمام والفقير فإنها لا تكفى فى التسليم وسقوط الضمان حتى يقبضها قبضًا محققًا(١).

فإن لم يكن فى الزمان إمام، أو كان موجودًا لكن رب المال فى غير جهة ولايته فرقها المالك المرشد فى مستحقها ـ والمرشد: هو البالغ العاقل ـ، ويفرقها ولىّ المالك غير المرشد كالصبى والمجنون ومن فى حكمهما كولى المسجد وولى الوقف(٢).

مذهب الإمامية :

جاء فى (الروضة البهية): أنه يجب أن تدفع الزكاة إلى الإمام مع الطلب بنفسه أو بساعيه لوجوب طاعته مطلقًا. قيل: وكذا يجب دفعها إلى الفقيه الشرعى فى حال الغيبة لو طلبها بنفسه أو كيله؛ لأنه نائب للإمام كالساعى، بل أقوى.

ولو خالف المالك وفرقها بنفسه لم يجز للنص المفسد للعبادة، وللمالك استعادة العين مع بقائها، أو علم القابض بأنه خالف، ودفع الزكاة إلى أوليائها ابتداء من غير طلب أفضل من تفريقها بنفسه؛ لأنهم أبصر بمواقعها وأخبر بمواضعها. وقال المفيد والتقى: يجب أن يدفعها المالك ابتداء إلى الإمام أو نائبه، ومع الغيبة يدفعها إلى الفقيه المأمون، واحتجا لذلك القول بقول الله عز وجل: ﴿**خذ من أموالهم صدقة**﴾(٣). والإيجاب عليه يستلزم الإيجاب عليهم، والنائب كالمنوب عنه. والأشهر الاستحباب، ويصدق المالك فى الإخراج بغير يمين؛ لأن ذلك حق له كما هو حق عليه، ولا يعلم إلا من قبله(٤).

وجاء فى كتاب (الخلاف فى الفقه): أنه يجوز أن يتولى الإنسان إخراج زكاته بنفسه عن أمواله الظاهرة والباطنة، والأفضل فى الظاهرة أن يعطيها للإمام فإن فرقها بنفسه أجزأه، والدليل على ذلك كل آية تضمنت الأمر بإيتاء الزكاة(٥) مثل قول الله عز وجل: ﴿**وأقيموا الصلاة وآتوا الزكاة**﴾(٦).

مذهب الإباضية :

جاء فى (شرح النيل): أن أمر الزكاة فى الظهور إلى الإمام، ولا يقسم غنى زكاته بنفسه، وإن فعل أعادها، وتجزيه إن أمره الإمام بذلك، قيل: أو أعطاها بلا أمره ثم أجاز الإمام فعله قبل فنائها، وتجزيه أيضًا إن أمره عامل الإمام أو نائبه. وقيل: تجزيه ولو أجاز له قبل فنائها، وقيل: تجزيه مطلقًا إلا إن طالبه بها فإنه يعيدها له، ولو طالبه بعد علمه بأنه قد أعطاه، وقد طلب ابن مسعود ـ رضى الله تعالى عنه ـ الزكاة من زوجته فلولا جواز إعطائها إذا أعطيت بلا إذن الإمام لم يطلبها، وأما قول زوج ابن مسعود ـ رضى الله عنه تعالي عنهما ـ : «**لا حتى أسأل رسول الله**»(٧) فهى إنما امتنعت مخافة كون الحكم أنه لا يجوز للمرأة أن تعطى زوجها وبنيها زكاتها.

---

(١) شرح الأزهار: ١/ ٥٢٧ ـ ٥٣٢، بتصرف وإيجاز.
(٢) المرجع السابق: ١ / ٥٣٤.
(٣) سورة التوبة، آية: ١٠٣.

(٤) الروضة البهية: ١ / ١٣١.
(٥) الخلاف فى الفقه: ١ / ٣٢٢.
(٦) سورة البقرة، آية: ٤٣.
(٧) لم نجده فيما اطلعنا عليه من مصادر.

وتُدفع الزكاة لعامل الإمام ولو فاسقًا إن كان الإمام هو متولى، ويتخلص منها صاحبها كأنها ملك للإمام يبرأ بأدائها إلى من أمره أن يؤديها إليه. وقيل: لا إلا إذا علم أنها وصلت الإمام أو أمره الأمر بصرفها فصرفها؛ لأنه فاسق لا تبرأ به الذمة.

وفى (التاج): من سلم زكاته لرجل يعطيها فتلفت قبل إعطائها فلا ضمان عليه وقد أجزأته إن أقام الإمام أو الجماعة ذلك الرجل، وإن أعطاها صاحبها لأمين عنده يعطيها فضاعت ضمنها الأمين ولو كان متوليًا، ومن بعث زكاته إلى فقير مع ثقة، أو بعثها إلى إمام أو واليه فتلفت ضمنها.

ـ وإن لم يكن الإمام متوليًا فلا تعطى لعامله وإن كان عامله أمينًا؛ لأن العامل يؤديها إلى غير الأمين، ولو كان بوجه يسوغ لهذا العامل مثل أن يكون الإمام عنده متوليًا، إن لم يكن خوف على عدم إعطائها له. ومن دفعها إلى عامل الإمام غير المتولى تقية للخوف أعادها فى المسلمين، ولو كان العامل متوليًا. وقيل: إذا أخذها الإمام الجائر أو عامله أو جبَّار يدعى التقدم والسلطنة فليس عليه أن يعيدها، وإن أعطاها له برضاه بلا قهر، أو أخذها منه مشرك أعادها[1].

(١) شرح النيل: ٢ / ١٣٧ ـ ١٣٨، بتصرف وإيجاز.

٢ ـ الولاية فى دفع زكاة مال الصغير ونحوه:

مذهب الحنفية:

يرى الحنفية أنه لا تجب الزكاة فى مال الصبى حتى يبلغ، ولا فى مال المجنون حتى يفيق. وبناءً على ذلك فليس للولى أن يؤدى الزكاة من مال الصبى الذى لم يبلغ ولا من مال المجنون[١]، على تفصيل فى ذلك ينظر فى مصطلح (زكاة).

مذهب المالكية:

جاء فى (مواهب الجليل) أن المخاطب بزكاة مال الصبى والمجنون وليهما ما داما غير مكلفين. قال فى (النوادر) فى كتاب الزكاة: قال ابن حبيب ـ رحمه الله تعالى ـ وليزكِّ ولى اليتيم ماله ويشهد على فعله، فإن لم يشهد وكان مأموناً صُدِّق. وقال ابن الماجشون: وعلى ولى اليتيم أن يزكى ماله، وينبغى له أن يشهد على ذلك ويعينه بأن يقول: هذا زكاة فلان. قال عبدالملك: فإن أضاع الإعلان بها فهو مصدَّق إذا كان مأموناً.

قال ابن حبيب: وهذا يَحْسُن فى كل بلد القضاء فيه بقول مالك ـ رحمه الله تعالى ـ أما إن كان بلد فيه من يقول بسقوط الزكاة عن أموال الصبيان لرأيت أن يرفع إلى حاكم الموضع، فإن كان ممن يرى فى ذلك قول مالك أمره بإخراج الزكاة وحكم له بذلك، وإن كان ممن لا يرى ذلك لم يزكِّه هو إلا أن يكون الولي من أهل الاجتهاد وممن يرى فى ذلك ما يراه الإمام مالك[٢].

مذهب الشافعية:

جاء فى (مغنى المحتاج) أن المخاطب بإخراج زكاة الصبى والمجنون وليهما، ومحل وجوبه عليه إذا كان ممن يرى وجوبها في مالهما، فإن كان ممن لايراه كحنفى فلا وجوب عليه، والاحتياط له أن يحسب زكاة المال حتى يكملا فيخبرهما بذلك ولايخرجها فيغرمه الحاكم، قاله القفال رحمه الله تعالى ـ وفرضه فى الطفل.

ولو كان الولى غير متمذهب بل كان عامياً صرفاً فإن ألزمه بإخراجها حاكم يراها فواضح ـ كما قاله الأذرعى ـ وإلا فالأوجه ـ كما قال شيخنا ـ الاحتياط بمثل ما مر. والأوجه ـ كما قال أيضاً ـ أن قيِّم الحاكم يعمل بمقتضى مذهبه كحاكم أنابه حاكم آخر يخالفه فى مذهبه، فإن لم يخرجها الولى من مالهما أخرجاها إن كملا؛ لأن الحق توجه إلى مالهما، لكن الولى عصى بالتأخير فلايسقط ما توجه إليهما. ومثلهما فيما ذكر السفيه[٣]، ويلزم الولى النية إذا أخرج زكاة الصبى والمجنون والسفيه؛ لأن النية واجبة وقد تعذرت من المالك فقام بها وليه كالإخراج، فإذا دفع بلا نية لم يقع الموقع وعليه الضمان، ولولى السفيه مع ذلك أن يفوض النية له كغيره[٤].

مذهب الحنابلة:

جاء فى (المغنى): أن الزكاة تجب فى مال الصبى والمجنون لوجود الشرائط الثلاث فيهما؛ لما روى عن رسول الله ﷺ: «من ولى يتيماً له مال فليتجر له ولا يتركه حتى تأكله

(١) بدائع الصنائع: ٢/٤.
(٢) مواهب الجليل بهامشه التاج والإكليل: ٢/٢٩٢ـ٢٩٣.
(٣) مغنى المحتاج: ١/٣٩٨.
(٤) السابق: ١/٤٠٣.

الصدقة»[١].

وإنما يجوز له أن يخرجها إذا كانت واجبة؛ لأنه ليس للولى أن يتبرع بمال اليتيم. وعلى الولى أن يخرج الزكاة عنهما من مالهما؛ لأنها زكاة واجبة فوجب إخراجها كزكاة البالغ العاقل، والولى يقوم مقامه فى أداء ما عليه، ولأنها حق على الصبى والمجنون فكان على الولى أن يؤديها عنهما كنفقة أقاربه، وتعتبر نية الولى فى الإخراج كما تعتبر النية من رب المال[٢].

مذهب الظاهرية:

جاء فى (المحلى) أن الزكاة فرض على الرجال والنساء، الأحرار منهم والحرائر، والعبيد والإماء، والكبار والصغار، والعقلاء والمجانين من المسلمين ولا تؤخذ من كافر، قال الله عز وجل: ﴿**وأقيموا الصلاة وآتوا الزكاة**﴾[٣]. فهذا خطاب منه تعالى لكل بالغ عاقل، من حر أو عبد، ذكر أو أنثى؛ لأنهم كلهم من الذين آمنوا، وقال تعالى: ﴿**خذ من أموالهم صدقة تطهرهم وتزكيهم بها**﴾[٤]. فهذا عموم لكل صغير وكبير، وعاقل ومجنون، وحر وعبد؛ لأنهم كلهم محتاجون إلى طهرة الله تعالى لهم، وتزكيته إياهم، وكلهم من الذين آمنوا.

وعن ابن عباس رضى الله عنهما: أن النبى ﷺ بعث معاذًا إلى اليمن فقال: «**ادعهم إلى شهادة أن لا إله إلا الله وأنى رسول الله، فإن هم أطاعوا لذلك فأعلمهم أن الله فرض عليهم خمس صلوات فى يوم وليلة، فإن هم أطاعوا لذلك فأعلمهم أن الله افترض عليهم صدقة فى أموالهم تؤخذ من أغنيائهم، وترد فى فقرائهم**»[٥].

فهذا عموم لكل غنى من المسلمين، وهذا يدخل فيه الصغير والكبير، والمجنون، والعبد والأمة، إذا كانوا أغنياء[٦].

وجاء فى (المحلى) أيضًا: أما مال الصغير والمجنون فإن مالكاً والشافعى قالا بقولنا، وهو قول عمر بن الخطاب وابنه عبدالله وأم المؤمنين عائشة وجابر وابن مسعود وعطاء وغيره[٧].

وجاء أيضاً: فإن قالوا (يقصد الأحناف): لا نية لمجنون ولا لمن لم يبلغ، والفرائض لا تجزئ إلا بنية. قلنا: نعم، وإنما أمر بأخذها الإمام والمسلمون بقوله تعالى: ﴿**خذ من أموالهم صدقة**﴾[٨]. فإذا أخذها من أمر بأخذها بنية أنها الصدقة أجزأت عن الغائب والمغمى عليه والمجنون والصغير ومن لا نية له[٩].

مذهب الزيدية:

جاء فى (شرح الأزهار): أنه يجب على ولى الصبى والمجنون أن يخرج الزكاة من مالهما، هذا مذهبنا.

وقال الإمام زيد بن على والباقرر والناصر:

(١) أخرجه الدراقطنى فى سننه: ١٠٩/٢، والبيهقى فى سننه الكبرى: ١٠٧/٤ (٧١٣١).
(٢) المغنى مع الشرح الكبير: ٣٩٣/٢ ـ ٣٩٤، بتصرف وإيجاز.
(٣) سورة النور، الآية: ٥٦.
(٤) سورة التوبة، الآية: ١٠٣.

(٥) أخرجه البخارى فى صحيحه كتاب التوحيد، باب ماجاء فى دعاء النبى ﷺ أمته إلى توحيد الله، ومسلم فى صحيحه كتاب الإيمان، باب الدعاء إلى الشهادتين وشرائع الإسلام.
(٦) المحلى: ٢٠١/٥ ـ ٢٠٢، بتصرف وإيجاز.
(٧) السابق: ٢٠٥/٥.
(٨) سورة التوبة، الآية: ٨ .
(٩) المحلى: ٢٠٧/٥.

أنه لا تجب الزكاة فى مال الصبى والمجنون، فلو كان للصبى وليان مختلفان فى المذهب، قيل: فإن الصغير بعد بلوغه يعمل بمذهب أيهما شاء كالمقلد لإمامين، وقيل: إنه يعمل بمذهب نفسه، لأنه لم يتبعه عمل. وأما ما قبل البلوغ فلعله يقال: يتحاكمان إلى الحاكم فما حكم به لزم الآخر، ولو بلغ الصبى قبل إخراج الولى كان الإخراج إليه وعمل بمذهب وليه فيما مضى قبل بلوغه؛ لأن الاجتهاد الأول بمنزلة الحكم، واجتهاده فى حال صغره كوليه[1].

وتجب النية على ولى غير المرشد إذا أخرج زكاة مال الصبى أو المجنون أو نحوهما، سواء كان الولى هو الأب أو غيره، فإن لم ينو لم يصح الإخراج وضمن الصارف والمصروف إليه، وقرار الضمان على من أتلف. ويجب على الولى حين يخرج زكاة غير المرشد أن يعلم الإمام والمصدق أن هذا المال زكاة مال الصبى ونحوه لئلا تثنى، وإلا ضمن إذا ثنيت[2].

مذهب الإمامية

جاء فى كتاب (الخلاف فى الفقه): أن مال الصبى والمجنون إذا كان صامتاً لا تجب فيه الزكاة، وإن كان غلات أو مواشى يجب على وليه أن يخرج عنه لإجماع الفرقة؛ ولأن الأصل عدم الزكاة، وإيجابها يحتاج إلى دليل، وليس فى الشرع ما يدل على وجوب الزكاة عليهما فى المال الصامت، ويمكن أن يستدل بأن رسول الله ﷺ

(١) شرح الأزهار: ١/٤٥١.
(٢) السابق: ١/٤٥٨.

قال «رفع القلم عن ثلاثة: عن الصبى حتى يبلغ، وعن النائم حتى ينتبه، وعن المجنون حتى يفيق»[3] ولا يلزمنا مثل ذلك فى المواشى والغلات[4].

مذهب الإباضية:

جاء فى (شرح النيل) : أن الصحيح وجوب الزكاة فى مال اليتيم وكل من يبلغ والمجنون من حيث إنه إذا بلغ أو أفاق أن يخرج ما وجب فى ماله حين الطفولية والجنون إن لم يخرج، وقيل: تلزم فيما أخرجت الأرض، وقيل: فيما ظهر غير النقدين. ومن عنده مال يتيم أو مجنون أو غائب أو مفقود أو غير حاضر بوكالة أو وصاية أو احتساب أو عنده أمانة حاضر لزمه أن يخرج الزكاة منه، وقيل: لا يجوز له إخراجها ولاحسابها، وقيل: هو مخير بينه وبين حسابها، ويخبره إذا بلغ أو أفاق أو حضر أو رد الأمانة إليه، ويكون حجة، وذلك إذا بان له أنها واجبة فى المال، وإن بان له بعدُ أنها لم تجب لزمه ما أخرج، وجاز أخذها منه بإعطائه إن لم يسترب، وقيل: لايجوز إلا بأمينين أنها وجبت فى أموال هؤلاء ويصدقون شريكهم إن قال: أخرجتها. وقيل: إن كان ثقة[5].

٣ ـ الولاية فى زكاة الفطر:

مذهب الحنفية:

جاء فى (الهداية) وشرحها: أن على المسلم أن

(٣) سنن أبى داود كتاب الحدود، باب فى المجنون يسرق أو يصيب حداً.
(٤) الخلاف فى الفقه: ١/٢١٦ ـ ٢١٧.
(٥) شرح النيل: ٢/٤ـ٥.

يخرج زكاة الفطر عن أولاده الصغار؛ لأن السبب رأسٌ يمونه ويلى عليه؛ لأنها تضاف إليه فيقال: زكاة الرأس، وهى أمارة السببية، ولهذا تتعدد بتعدد الرأس، والأصل فى الوجوب رأس وهو يمونه ويلى عليه فيلحق به ما هو فى معناه كأولاده الصغار؛ لأنه يمونهم ويلى عليهم[1].

قال صاحب (شرح فتح القدير): إن إعطاء الضابط بأنه رأسٌ يمونه ويلى عليه يلزم عليه تخلف الحكم عن السبب في الجد إذا كانت نافلته صغارًا فى عياله، فإنه لا يجب عليه الإخراج عنهم فى ظاهر الرواية، ولا مخلص من ذلك إلا بترجيح رواية الحسن ـ رحمه الله تعالى ـ أن على الجد صدقة فطرهم[2].

وكما يخرج الرجل هذه الزكاة عن أولاده الصغار يخرجها عن مماليكه لقيام الولاية والمؤنة، وهذا إذا كانوا للخدمة ولا مال للصغار، فإن كان لهم مال يؤدى من مالهم عند أبى حنيفة وأبى يوسف ـ رحمهما الله تعالى ـ خلافًا لمحمد رحمه الله تعالى ـ لأن الشرع أجراه مجرى المؤنة فأشبه النفقة وهو استحسان، ووجه الاستحسان أن الشرع أجراه مجرى المؤنة حيث أوجب على الإنسان من جهة غيره فأشبه النفقة، ونفقة الصغير فى ماله إذا كان له مال، وكما يؤدى عن الصغير من ماله فكذلك عن مماليك الصغير والمجنون فى ذلك منزلة الصغير.

أما محمد ـ رحمه الله تعالى ـ فيقول ـ وهو القياس: لا يؤدى إلا من مال نفسه ولو أدى من مال الصغير ضمن؛ لأنها زكاة فى الشريعة كزكاة المال فلا تجب على الصغير، ولأنها عبادة والصغير ليس بأهل لوجوبها. ويقول بذلك أيضاً زفر ـ رحمه الله تعالى ـ ولا يؤدى عن زوجته لقصور الولاية والمؤنة، فإنه لايليها فى غير حقوق النكاح ولايمونها فى غير الرواتب كالمداواة، ولا يؤدى عن أولاده الكبار وإن كانوا فى عياله بأن كانوا فقراء زمنى؛ لأنه لا يستحق عليهم ولاية فصاروا كالأجانب، ولو أدى عنهم أو عن زوجته بغير أمرهم أجزاء استحسانًا؛ لثبوت الإذن عادة، وهو رواية عن أبى يوسف ـ رحمه الله تعالى ـ لأن الصدقة فيها معنى المؤنة فيجوز أن تسقط بأداء الغير وإن لم يوجد الإذن صريحًا وفى العادة أن الزوج هو الذى يؤدى عنها، والثابت عادة كالثابت بالنص فيما فيه معنى المؤنة بخلاف ما هو عبادة محضة كالزكاة لا تسقط عنها إلا بإذنها صريحًا؛ إذ لا يتحقق معنى الطاعة والابتلاء إلا به، والقياس أن ذلك لايصح كما إذا أدى الزكاة بغير إذنها[3].

وجاء فى (بدائع الصنائع): ولايبعث الإمام على زكاة الفطر ساعيًا؛ لأن النبى ﷺ لم يبعث، ولنا فيه قدوة[4].

مذهب المالكية:

جاء فى (الشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه): أنه يجب على الشخص إخراج زكاة الفطر عن كل مسلم يحتمل مؤنته ويقوم بكفايته؛ بسبب قرابة كالأولاد الذكور إلى البلوغ، والإناث إلى الدخول، أو الدعاء إلى الدخول مع إطاقة الوطء،

(١) الهداية: ٣١/٢ ـ ٣٢.
(٢) شرح فتح القدير: ٣٢/٢.
(٣) الهداية وشروحها: ٣٢/٢ ـ ٣٤.
(٤) بدائع الصنائع: ٧٥/٢.

أو بسبب زوجية، سواء كانت تلك الزوجة له أو لأبيه، وسواء كانت زوجة أبيه تلك أمًا له أو غير أم، وكذا خادم الجهة التى بها النفقة من قرابة أو زوجية. أو بسبب رقٍ فيلزمه أن يزكى عن عبيده وإمائه.

وندب دفعها للإمام العدل فى أخذها وصرفها ليفرقها(١).

وجاء فى (مواهب الجليل): أن الإمام مالكاً - رحمه الله تعالى - قال فى (المدونة): إن زكاة الفطر يفرقها كل قوم فى أمكنتهم من حضر أو بدو، ولا يدفعها إلى الإمام إذا كان لا يعدل، وإن كان عدلاً لم يسع أحداً أن يفرق شيئًا من الزكاة، وليدفعها إلى الإمام فيفرقها فى مواضعها ولا يخرجها منها إلا أن لايكون بموضعهم محتاج، فيخرجها إلى أقرب المواضع إليهم فيفرقها هناك.

قال فى (الذخيرة: وليس للإمام) أن يطلب زكاة الفطر كما يطلب غيرها(٢).

مذهب الشافعية:

جاء فى (مغنى المحتاج): أن من لزمه فطرة نفسه لزمه فطرة من لزمه نفقته بملك أو قرابة أو زوجية إذا كانوا مسلمين ووجد ما يؤدى عنهم؛ لما روى مسلم عن رسول الله ﷺ أنه قال: «ليس على المسلم فى عبده صدقة إلا صدقة الفطر»(٣) والباقى بالقياس عليه، والجامع وجوب النفقة.

ولا يلزم العبد فطرة زوجته حرة كانت أو غير حرة؛ لأنه ليس أهلاً لفطرة نفسه فكيف يتحمل فطرة غيره؛ ولا يلزم الابن فطرة زوجة أبيه ومستولدته، وقيل: يلزم الابن فطرة زوجة أبيه(٤).

ولو أخرج من ماله فطرة ولده الصغير الغنى جاز؛ لأنه يستقل بتمليكه وله ولاية عليه، فكأنه ملكه ذلك ثم أخرجه عنه، والجد من قبل الأب وإن علا كالأب، والمجنون كالصغير وكذا السفيه على ما أفهم كلامهم بخلاف ولده الكبير الرشيد فلا يجوز بغير إذنه؛ لأن الأب لايستقل بتمليكه فصار كالأجنبى(٥).

وجاء فى (المجموع والمهذب): أن زكاة الفطر من الأموال الباطنة، فيجوز للمالك أن يفرقها بنفسه، ويجوز أن يوكل فى أدائها كديون الآدميين، ويجوز أن يدفع إلى الإمام؛ لأنه نائب عن الفقراء فجاز الدفع إليه كولى اليتيم، وفى الأفضل ثلاثة أوجه: **أحدها** أن الأفضل أن يفرق بنفسه وهو ظاهر النص؛ لأنه على ثقة من أدائه وليس على ثقة من أداء غيره. **والثانى** أن الأفضل أن يدفع إلى الأمام عادلاً كان أو جائرًا؛ لما روى أن المغيرة بن شعبة قال لمولى له وهو على أمواله بالطائف: كيف تصنع فى صدقة مالى؟ قال: منها ما أتصدق به ومنها ما أدفع إلى السلطان. فقال: وفيم أنت من ذلك؟ قال: إنهم يشترون بها الأراضى ويتزوجون بها النساء. فقال: «ادفعها إليهم، فإن رسول الله ﷺ أمرنا أن ندفع إليهم»(٦). ولأنه أعرف بالفقراء وقدر حاجتهم.

ومن أصحابنا من قال: إن كان عادلاً فالدفع إليه أفضل، وإن كان جائرًا فإن تفرقته بنفسه

(١) الشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه: ١/٥٠٦ - ٥٠٨.
(٢) مواهب الجليل: ٢/٣٧٣.
(٣) أخرجه البخارى فى صحيحه كتاب الزكاة، باب ليس على المسلم فى عبده صدقة، ومسلم فى صحيحه كتاب الزكاة، باب لا زكاة على المسلم فى عبده وفرسه.
(٤) مغنى المحتاج: ١/٣٩٦، بتصرف وإيجاز.
(٥) السابق: ١/٣٩٦ ومابعدها
(٦) رواه مسلم فى كتاب الجهاد والسير، باب: حكم الفيء

أفضل؛ لقول رسول الله ﷺ: «فمن سألها على وجهها فليعطها ومن سأل فوقها فلا يعطه»(١).

ولأنه على ثقة من أدائه إلى العادل وليس على ثقة من أدائه إلى الجائر؛ لأنه ربما يصرفها فى شهواته(٢).

وفى زكاة الفطر وجه أنها من الأموال الظاهرة، حكاه صاحب (البيان) وجماعة، ونقله صاحب (الحاوى) عن الأصحاب، ثم اختار لنفسه أنها باطنة، وهذا هو المذهب وبه قطع جمهور الأصحاب(٣).

مذهب الحنابلة:

جاء فى (المغنى) أن الذين يلزم الإنسان فطرتهم ثلاثة أصناف: الزوجات والعبيد والأقارب، أما الزوجات فلأن النكاح سبب تجب به النفقة فوجبت به الفطرة كالملك والقرابة، بخلاف زكاة المال فإنها لا تتحمل بالملك والقرابة، فإن كان لامرأته من يخدمها بأجرة فليس على الزوج فطرته، وأما العبيد فتجب فطرتهم على السيد إذا كانوا لغير التجارة إجماعًا، وإن كانوا للتجارة فكذلك عندنا لعموم الأحاديث(٤) وقول ابن عمر رضى الله عنهما: «فرض رسول الله ﷺ زكاة الفطر على الحر والعبد»(٥). قال شيخنا: والذى رأيت فى (الجامع) قال: أما صدقة الفطر فيعجبنى دفعها إلى السلطان. ثم قال أبو عبدالله: قيل لابن عمر: إنهم يقلدون بها الكلاب ويشربون بها الخمور قال: ادفعها إليهم(٦).

مذهب الظاهرية:

جاء فى (المحلى): أن المسلم يؤدى زكاة الفطر عن رقيقه مؤمنهم وكافرهم من كان منهم لتجارة أو لغير التجارة؛ لما روى عن أبى هريرة) قال: قال رسول الله ﷺ: «ليس على المسلم فى فرسه وعبده صدقة إلا صدقة الفطر فى الرقيق».(٧)

فأوجب ﷺ صدقة الفطر على المسلم فى رقيقه عمومًا وليس على الإنسان أن يخرجها عن أبيه ولا عن أمه ولا عن زوجته ولا عن ولده ولا عن أحد ممن تلزمه نفقته، ولا تلزمه إلا عن نفسه ورقيقه فقط، ويدخل فى الرقيق أمهات الأولاد والمدبرون غائبهم وحاضرهم. وأما إيجاب رسول الله ﷺ زكاة الفطر على الصغير والكبير والحر والعبد والذكر والأنثى(٨) فهو إيجاب لها عليهم فلا تجب على غيرهم فيه إلا من أوجبه النص وهو الرقيق، قال الله عز وجل: ﴿ولاتكسب كل نفس إلا عليها ولاتزر وازرة وزر أخرى﴾(٩).

يقول ابن حزم: وعلى ذات الزوج أن تخرج زكاة الفطر عن نفسها وعن رقيقها. وأما الصغار فعليهم أن يخرجها الأب أو الولى عنهم من مالهم إن كان لهم، وإن لم يكن لهم مال فلا زكاة فطر عليهم حينئذ ولا بعد ذلك، ومن أراد أن يخرج زكاة الفطر عن ولده الصغار أو الكبار أو عن غيرهم لم يجز له ذلك إلا بأن يهبها لهم ثم يخرجها عن الصغير والمجنون، ولايخرجها عمن يعقل من البالغين إلا بتوكيل منهم له على ذلك.

---

(١) صحيح البخارى كتاب الزكاة، باب زكاة الغنم.
(٢) المهذب: ١/١٦٨، والمجموع: ٦/١٦٤، بتصرف وإيجاز.
(٣) المجموع: ٦/١٦٤.
(٤) المغنى مع الشرح الكبير: ٢/٦٥٠ ـ ٦٥١.
(٥) أخرجه الإمام أحمد فى مسنده: ١٥/٤٤٠
(٦) المغنى مع الشرح الكبير: ٢/٦٧٤.

(٧) صحيح ابن حبان، كتاب الزكاة، باب فرض الزكاة، وسنن البيهقى، كتاب الزكاة، باب إخراج زكاة الفطر عن نفسه وغيره.
(٨) سنن النسائى، كتاب صلاة العيدين، باب حث الإمام على الصدقة فى الخطبة
(٩) سورة الأنعام، الآية: ١٦٤.

وزكاة الفطر كزكاة المال يجوز لصاحبها أن يتولى تفريقها بنفسه، ويجوز أن يتولى ذلك الإمام أو أميره، غير أن الإمام أو أميره يفرقانها ثمانية أجزاء مستوية، أما من فرق زكاته بنفسه ففي ستة أسهم ويسقط سهم العمال وسهم المؤلفة قلوبهم.[1]

مذهب الزيدية:

جاء في (شرح الأزهار): أنه يجب على المسلم أن يخرج زكاة الفطر عن نفسه وعن كل مسلم لزمته نفقته، فمن لزمه نفقته في يوم الإفطار وهو مسلم لزمه إخراج الفطرة عنه، فأما الكافر فلا يُخرج عنه، ولو لزمته نفقته كالأب والأم الكافرين والعبد الكافر؛ لأنها طُهرة للمخرج عنه ولا طهرة للكافر.

وإنما تلزم الفطرة عمن لزمته نفقته حيث يكون لزومها بالقرابة أو الزوجية أو الرق، أما لو لزمت لغير هذه الوجوه الثلاثة فلا تتبعها الفطرة في الوجوب كاللقيط، وسواء كان القريب اللازمة نفقته ولدًا أو والدًا أو غيرهما، صغيرًا كان أم كبيرًا، ذكرًا أم أنثى، وسواء كانت الزوجة باقية أو مطلقة، رجعيًا أم بائنًا ما لم تنقض العدة[2].

وإذا كان العبد مشتركًا، أو كان الفقير تجب نفقته على اثنين من قرابته فصاعدًا وجب على الشريك في العبد والشريك في الإنفاق حصته من الفطرة بحساب ما عليه من النفقة[3].

والفطرة كالزكاة في الولاية، فولايتها إلى الإمام حيث تنفذ أوامره، فمن أخرج بعد طلبه لم تجزه[4].

مذهب الإمامية:

جاء في (الروضة البهية): أن من تجب عليه زكاة الفطر يخرجها عن نفسه وعن عياله من ولد وزوجة وعبد ـ قنًا[5] كان أو مدبرًا أو مكاتبًا ـ وضيف ولو تبرعًا، ومع وجوبها عليه تسقط عنهم وإن لم يخرجها من ألزم بها حتى ولو أخرجوها تبرعًا بغير إذنه لم يبرأ من وجبت عليه، وتسقط عنه لو كان بإذنه.

ولا يشترط في وجوب فطرة الزوجة والعبد العيلولة، بل تجب مطلقاً ما لم يعلهما غيره ممن تجب عليه، نعم يُشترط أن تكون الزوجة واجبة النفقة، فلا فطرة للناشز ولا للصغيرة[6].

وجاء في (الخلاف في الفقه): أنه يستحب حمل زكاة الفطر إلى الإمام ليفرقها على مستحقها، فإن فرقها بنفسه جاز لإجماع الفرقة وأخبارهم، وأيضًا قول الله عز وجل: ﴿**خذ من أموالهم صدقة**﴾،[7] يدل على ذلك، والإمام قائم مقام النبي ﷺ في ذلك[8].

مذهب الإباضية:

جاء في (شرح النيل): أن من وجبت عليه زكاة الفطر يخرجها عن نفسه وعمن لزمته نفقته كزوجة ولو مطلقة يملك رجعتها ـ غير حامل ولا مرضعة ـ وأخت وولد غير بالغ وعبد وولي، ولو كان مَنْ ذُكِرَ مشركًا، وكان الولد بنتًا بالغة أو متزوجة ما لم تجلب، ولا تجب عليه عن ابن بالغ، وقيل: يعطى عنه إن لم يحزه، ويعطى عن أبيه وأبي

---

(١) المحلى: ٦/١٣٢ ـ ١٤١. بتصرف وإيجاز.
(٢) شرح الأزهار: ١/٥٤٨ ـ ٥٤٩.
(٣) المرجع السابق: ١/٥٥١.
(٤) السابق: ١/٥٥٧.

(٥) القن: العبد الذي كان أبوه مملوكاً لمواليه.
(٦) الروضة البهية: ١/١٣٢ ـ ١٣٣.
(٧) سورة التوبة، آية: ١٠٣.
(٨) الخلاف في الفقه: ١/٢٧٢.

أبيه وإن علا إذا كانا فقيرين، وأزواج أبيه الفقير الأربعة، وزوجة واحدة لجده؛ لأنه تلزمه نفقة أزواج أبيه الأربعة وزوجة واحدة لجده ولو كانت له أربع.

وقيل: لا يعطى عن بنته إذا بلغت ولو لم تتزوج. وقيل: يُعطى عن بنيه وبناته البالغين إن كانوا في حجره، ويعطى عن طفله الغائب، وإذا كان لابنه أو ابنته مال قدر ما يخاطب عليه البالغ أخرجها من مالهما إن لم يبلغا. وقيل: يخرجها من ماله(١).

وزكاة الفطر للمتولى كالزكاة، وتعطى للإمام أو الوالي ويفرقها في أصناف الزكاة(٢).

ثانياً: الولاية في إدارة مال الصغير ونحوه:

مذهب الحنفية:

جاء في (بدائع الصنائع): أن شرائط الولاية في المعاملات أنواع، بعضها يرجع إلى الولي، وبعضها يرجع إلى المولى عليه، وبعضها يرجع إلى المولى فيه.

أما الذي يرجع إلى الولي فأشياء منها: أن يكون الولي حراً، فلا تثبت ولاية العبد، لقول الله تعالى: **﴿ضرب الله مثلاً عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء﴾**(٣)، ولأنه لا ولاية له على نفسه فكيف تثبت له الولاية على غيره، ومنها: أن يكون الولي عاقلاً، فلا ولاية للمجنون لما قلنا، ومنها: أن يكون الولي مسلماً إذا كان المولى عليه مسلماً، فإن كان كافراً فلا تثبت له عليه الولاية؛ لقول الله سبحانه: **﴿ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً﴾**(٤)، ولأن تنفيذ الولاية للكافر على المسلم يشعر بالذل به، وهذا لا يجوز، وأما الذي يرجع إلى المولى عليه فالصغر، فلا تثبت الولاية على الكبير؛ لأنه يقدر على دفع حاجة نفسه، فلا حاجة إلى إثبات الولاية عليه لغيره، وهذا لأن الولاية على الحر تثبت مع قيام المنافي للضرورة، ولاضرورة في حالة القدرة فلا تثبت.

وأما الذي يرجع إلى المولى فيه فهو أن لا يكون من التصرفات الضارة بالمولى عليه؛ لقول رسول الله ﷺ: **«لاضرر ولاضرار»**(٥). وقال ﷺ: **«من لم يرحم صغيرنا فليس منا»**(٦). والإضرار بالصغير ليس من الرحمة في شيء، فليس له أن يهب مال الصغير من غيره بغير عوض؛ لأنه إزالة ملكه من غير عوض، فكان ضرراً محضاً، وكذا ليس له أن يهب بعوض عند أبي حنيفة وأبي يوسف ـ رحمهما الله تعالى ـ لأنها هبة ابتداءً. وعند محمد ـ رحمه الله تعالى ـ له ذلك.

وليس له أن يتصدق بماله ولا أن يوصى به؛ لأن التصدق والوصية إزالة الملك من غير عوض مالي فكان ضرراً فلا يملكه، وليس له أن يُطلق امرأته؛ لأن الطلاق من التصرفات الضارة المحضة. وكذا ليس له أن يقرض ماله؛ لأن القرض إزالة الملك من غير عوض للحال وهو معنى قولهم: القرض تبرع، وهو لايملك سائر التبرعات كذا هذا، بخلاف القاضي فإنه يقرض مال اليتيم، وليس له أن يبيع ماله بأقل من قيمته قدر ما لا يتغابن الناس فيه عادة، ولو باع لا ينفذ بيعه، لأنه ضرر في حقه، وكذا ليس له أن يؤاجر نفسه

---

(١) شرح النيل: ٢/ ١٦٥ ـ ١٦٧، بتصرف وإيجاز.

(٢) المرجع السابق: ٢/ ١٦٩

(٣) سورة النحل، آية: ٧٥

(٤) سورة النساء، آية: ١٤١.

(٥) موطأ مالك بن أنس كتاب الأقضية، باب القضاء في المرفق، وأحمد في مسنده: ١/ ٣١٣.

(٦) سنن أبي داود، كتاب الأداب، باب: في الرحمة.

أو ماله بأقل من أجرة المثل قدر ما لا يتغابن الناس فيه عادة، وليس له أن يشترى بماله شيئًا بأكثر من قيمته قدر ما لا يتغابن الناس فيه عادة لما قلنا، ولو اشترى ينفذ عليه ويكون المشترى له؛ لأن الشراء وجد نفاذًا على المشترى وله أن يقبل الهبة والصدقة والوصية؛ لأن ذلك نفع محض فيملكه الولى، وقال رسول الله ﷺ: «خير الناس من ينفع الناس»[1]. وله أن يبيع ماله بأكثر من قيمته ويشترى له شيئًا بأقل من قيمته، وله أن يبيعه بمثل قيمته وبأقل من قيمته مقدار ما يتغابن الناس فيه عادة. وله أن يشترى له شيئاً بمثل قيمته وبأكثر من قيمته قدر ما يتغابن الناس فيه عادة، وكذا له أن يؤاجر نفسه وماله بأكثر من أجر مثله أو بأجر مثله أو بأقل منه قدر ما يتغابن الناس فيه عادة، وكذا له أن يستأجر له شيئًا بأقل من أجر المثل أو بأجر المثل أو بأكثر منه قدر ما يتغابن الناس فيه عادة، ولو أجر نفسه أو ماله ثم بلغ الصبى فى المدة فله الخيار فى إجارة النفس إن شاء رضى عليها وإن شاء أبطلها، ولاخيار له فى إجارة المال.

وله أن يسافر بماله، وله أن يدفع ماله مضاربة، وله أن يبضع. وله أن يوكل بالبيع والشراء والإجارة والاستئجار؛ لأن هذه الأشياء من توابع التجارة، فكل من ملك التجارة يملك ما هو من توابعها، ولهذا ملكها المأذون.

وله أن يودع ماله؛ لأن الإيداع من ضرورات التجارة، وله أن يأذن له بالتجارة عندنا إذا كان يعقل البيع والشراء؛ لأن الإذن بالتجارة دون التجارة، فإذا ملك التجارة بنفسه فلأن يملك الإذن بالتجارة أولى.

(١) وأورده العجلونى فى كشف الخفا: ٢/٣٢٤.

وله أن يجعل ماله مضاربة عند نفسه، وينبغى أن يشهد على ذلك فى الابتداء، ولو لم يشهد يحل له الربح فيما بينه وبين الله تعالى ولكن القاضى لا يصدقه، وكذلك إذا شارك ورأس ماله أقل من مال الصغير، فإن أشهد فالربح على ما شرط وإن لم يشهد يحل فيما بينه وبين الله تعالى، ولكن القاضى لا يصدقه ويجعل الربح على قدر رأس مالهما، وما عرفت من الجواب فى الأب فهو الجواب فى وصية حال عدمه، وفى الجد ووصيه حال عدمه.

ثم إن ولى اليتيم هل يأكل من مال اليتيم فنقول: لا خلاف فى أنه إذا كان غنيًا لا يأكل؛ لقول الله عز وجل: ﴿ومن كان غنياً فليستعفف﴾[2]، فأما إذا كان فقيراً فهل له أن يأكل على سبيل الإباحة أو ليس له أن يأكل إلا قرضاً؟!

اختلف فيه الصحابة ـ رضى الله عنهم ـ روى عن عبدالله بن عباس ـ رضى الله عنهما ـ أن له أن يأكل على سبيل الإباحة لكن بالمعروف من غير إسراف، وهو قول سيدتنا عائشة ـ رضى الله عنها، وروى عن سيدنا عمر) أنه يأكل قرضًا فإذا أيسر قضى، وهو إحدى الروايتين عن ابن عباس رضى الله عنهما. احتج هؤلاء بقول الله عز وجل: ﴿فإذا دفعتم إليهم أموالهم فأشهدوا عليهم﴾[3]، أمر تعالى بالإشهاد على الأيتام عند دفع المال إليهم، ولو كان المال فى أيدى الأولياء بطريق الأمانة لكان لاحاجة إلى الإشهاد؛ لأن القول قول الولى إذا قال: دفعت المال إلى اليتيم عند إنكاره، وإنما

(٢) سورة النساء، آية: ٦.
(٣) سورة النساء، آية: ٦.

الحاجة إلى الإشهاد عند الأخذ قرضًا [illegible] منه؛ لأن فى قضاء الدين القول قول [illegible] الدين لا قول من يقضى الدين.

هذا وسبب هذه الولاية فى التحقيق [illegible] أحدهما الأبوة، والثانى القضاء؛ لأن الجد قبل الأب أب لكن بواسطة، ولأن وصىَّ [illegible] والجد استفاد الولاية منهما فكان ذلك [illegible] الأبوة من حيث المعنى، ووصىُّ القاضى [illegible] الولاية من القاضى فكان ذلك ولاية القضاء [illegible]

أما الأبوة فلأنها داعية إلى كمال النظر [illegible] حق الصغير لوفور شفقة الأب، وهو قادر [illegible] ذلك لكمال رأيه وعقله، والصغير عاجز [illegible] النظر لنفسه بنفسه، وثبوت ولاية النظر [illegible] على العاجز عن النظر أمر معقول مشروع؛ لأن[illegible] من باب الإعانة على البر، ومن باب الإحسان [illegible] ومن باب إعانة الضعيف وإغاثة اللهفان، وكل ذلك حسن عقلاً وشرعًا.

ووصى الأب قائم مقامه؛ لأنه رضيه واختاره [illegible] فالظاهر أنه ما اختاره من بين سائر الناس [illegible] لعلمه بأن شفقته على ورثته مثل شفقته عليهم [illegible] والجد له كمال الرأى ووفور الشفقة ولكن دون الأب لذلك تأخرت ولايته عن ولاية الأب ووصيه ووصى وصيه أيضًا .. ووصىُّ الجد قائم مقامه [illegible] لأنه استفاد الولاية من جهته وكذا وصى وصيه.

وليس لمن سوى هؤلاء من الأم والأخ والعم [illegible] وغيرهم ولاية التصرف على الصغير فى ماله [illegible] ولوصىِّ الأم والأخ أن يبيع المنقول والعقار لقضاء [illegible] دين الميت والباقى ميراث للصغير، ثم ينظر [illegible] كان واحد ممن ذكرنا حيًا حاضرًا فليس له [illegible]

[illegible] التصرف أصلاً [illegible] ميراث الصغير؛ لأن الموصى [illegible] كان حيًا لا [illegible] فى حال حياته فكذا [illegible] وصى، وإن لم يكن [illegible] ولاية الحفظ لا غير إلا [illegible] بيع المنقول [illegible] أن بيع المنقول من باب [illegible] حفظ؛ لأن حفظ الثمن أيسر، وليس له أن يبيع [illegible] أو لاستغنائه عن الحفظ لكونه محفوظاً [illegible] وليس [illegible] أن يشترى شيئًا على سبيل [illegible] وله أن يشترى ما لا بد منه للصغير من [illegible] وكسوته. [illegible] استفاد الصغير من المال من [illegible] بأن وُهِبَ له شىء أو [illegible] ولاية التصرف [illegible] أصلاً [illegible] لأن [illegible] يكن للموصى عليه [illegible]

[illegible]

[illegible] أن الولى على [illegible] لم يطل [illegible]

[illegible]

ثم يلى الأب وصيه فوصى الوصى وإن بَعُد، ثم اختلف فى وصى الأب، فقيل: هو كالأب له أن يبيع مطلقًا - أى سواء كان المبيع عقارًا أو غيره - وإن لم يذكر السبب، وإن كان لابد من سبب، لكن لا يلزمه البيان مطلقًا أو لا يلزمه بيانه إلا ربع العقار إذا باعه فبيان السبب الآتى ذكره - والمراد ببيان السبب إثباته بالبينة لا مجرد ذكره باللسان وإن لم يعرف إلا من قوله - وقيل: لا يصدق ويلزمه إقامة البينة عليه.

وليس للوصى هبة من مال محجوره للثواب؛ لأن الهبة إذا فاتت بيد الموهوب له فلا يلزمه إلا القيمة، والوصى كالحاكم لايبيع بالقيمة بخلاف الأب. قال الدسوقى: هذا إذا كان البيع لغير حاجة، أما إذا كان لحاجة فللوصى أن يبيع بالقيمة كما نص عليه المتيطى.

ثم يلى الوصى حاكم أو من يقيمه، ويبيع الحاكم ما دعت الضرورة إلى بيعه من مال اليتيم بثبوت يتمه وإهماله من وصى ومقدم، وملكه لما قصد بيعه، وأنه الأولى بالبيع من غيره، وحيازة الشهود له، أى واطلاعهم عليه إن كان عقارًا بأن يرسل القاضى جماعة يطلعون عليه ثم يقولون للحاكم، هذا الذى حزناه وأطلعناكم عليه هو الذى شهدنا أو شُهد عندك بأنه ملك لليتيم، أو يرسل القاضى معهم أحدًا من طرفه فيقولون له بعد اطلاعهم عليه: هذا البيت الذى حزناه واطلعنا عليه هو الذى شهد به عند القاضى أنه ملك لليتيم، خشية أن يقال بعد ذلك: ما بيع ليس هو ما شهد بأنه ملك لليتيم.

لا حاضن .. أى لا كافل لليتيم ذكرًا كان أو أنثى، قريبًا أو بعيدًا، كجد وأم وعم، فليس بولى على اليتيم فلا يبيع متاعه ما لم يكن وصيًا بالنص، واستحسن أن يكون العرف كالنص، فإذا جرى العرف بأن الكافل يقوم بتولية أمر اليتيم والنظر فى شأنه كان تصرفه صحيحًا فى القليل والكثير إذا كان التصرف لحاجة، وإن لم يجر العرف بذلك فالمشهور أنه لا يمضى تصرفه لا فى القليل ولا فى الكثير، والذى جرى به العمل مضى التصرف فى القليل دون الكثير، ولابد من الرفع للحاكم فى الكثير. وفى حد اليسير بعشرة دنانير أو عشرين أو ثلاثين تردد، والظاهر الرجوع للعرف، وهو يختلف باختلاف الأشخاص والمكان والزمان.

وإنما يباع عقار اليتيم الذى لا وصى له ويباع الحاكم بشروطه المتقدمة، أو له وصى على أحد القولين المشهورين المتقدمين، وذلك إذا كان لحاجة كنفقة أو وفاء دين لا قضاء له إلا من ثمنه، أو لغبطة بأن زيد فى ثمن مثله الثلث فأكثر من مال حلال، أو لكونه موظفًا بأن كان عليه خراج من حكر فيباع ويبدل بما لاحكر عليه إلا أن يكون الموظف أكثر نفعًا فلا يباع، أو لكونه حصة - أمكن قسمها أم لا، أراد شريكه البيع أم لا - والحال أن لليتيم مالاً فيستبدل به غيره كاملاً للسلامة من ضرر الشركة .. أو لكون مسكنه بين ذميين وإن قلوا فيستبدل له مسكن بين مسلمين لاعقاره الذى للتجر أو الكراء لغلو كرائه غالبًا بين ذميين فالمصلحة حينئذ فى بقائه أو لكونه بين جيران سوء يخشى منهم الضرر فى الدين أو الدنيا فيشمل أهل البدع، فيستبدل له

منزل بين أهل السنة .. أو لخشية انتقال العمارة عنه فيصير منفردًا عنها، أو خشية الخراب ولا مال له يعمر به، أو له مال والبيع أولى من العمارة لغرض من الأغراض[1].

مذهب الشافعية:

جاء فى (مغنى المحتاج): أن ولى الصغير أبوه بالإجماع، ثم جده أبو الأب وإن علا كولاية النكاح، وتكفى عدالتهما الظاهرة لوفور شفقتهما، فإن فسقا نزع القاضى المال منهما. وهل ينعزلان بالفسق؟ وجهان حكاهما القاضى حسين والإمام - رحمهما الله تعالى - فى باب العارية، وينبغى الانعزال. وبناء على ذلك لو فسق بعد البيع وقبل اللزوم ففى بطلانه وجهان. قال السبكى - رحمه الله تعالى - ينبغى أن يكون أصحهما أنه لا يبطل ويثبت الخيار لمن بعده من الأولياء. ولا يعتبر إسلامهما إلا أن يكون الولد مسلماً، فإن الكافر يلى ولده الكافر، لكن لو ترافعوا إلينا نقرهم ونلى نحن أمرهم.

ثم يلى الصغير وصى من تأخر موته منهما؛ لأنه يقوم مقامه، وشرطه العدالة. ثم القاضى أو أمينه، لما روى عن رسول الله ﷺ أنه قال: «السلطان ولى من لا ولى له»[2].

ولو كان اليتيم ببلد وماله ببلد آخر فالولى قاضى بلد المال؛ لأن الولاية عليه ترتبط بماله كمال الغائبين، لكن محله فى تصرفه فيه بالحفظ والتعهد بما يقتضيه الحال مع الغبطة اللائقة إذا أشرف على التلف، أما تصرفه فيه بالتجارة والتنمية فالولاية عليه لقاضى بلد اليتيم؛ لأنه وليه فى النكاح فكذا فى المال، كما نقله فى أصل (الروضة) عن الغزالى - رحمه الله تعالى - وأقره. قال شيخنا: ووقع للإسنوى عزو ما يخالف ذلك إلى (الروضة) وأصلها فاحذره. قال الأذرعى - رحمه الله تعالى: وعلى ما فى أصل (الروضة) فلقاضى بلده العدل الأمين أن يطلب من قاضى بلد ماله إحضاره إليه عند أمن الطريق لظهور المصلحة له فيه، وليتجر له فيه ثم أو يشترى له عقارًا، ويجب على قاضى بلد المال إسعافه بذلك، وحكم المجنون حكم الصبى فى ترتيب الأولياء، وكذا حكم من بلغ سفيهاً.

هذا وقضية تعبيره بالصبى أنه لا ولاية للمذكورين على مال الأجنة، وصرحا به فى الفرائض فى الكلام على ميراث الحمل لكن بالنسبة إلى الحاكم فقط ومثله البقية.

قال الجرجانى - رحمه الله تعالى - : وإذا لم يوجد أحد من الأولياء المذكورين فعلى المسلمين النظر فى حال محجورهم وتولى حفظ ماله.

ولا تلى الأم فى الأصح كولاية النكاح، والقول الثانى المقابل للأصح: أن الأم تلى بعد الأب والجد، وتُقدَّم على وصيهما لكمال شفقتها، وكذا لا ولاية لسائر العصبات كالأخ والعم، نعم لهم الإنفاق من مال الطفل فى تأديبه وتعليمه وإن لم يكن لهم عليه ولاية؛ لأنه قليل فسومح به، قاله فى (المجموع). قال شيخنا - رحمه الله تعالى -: ومثله المجنون والسفيه.

ويتصرف للصغير الولى بالمصلحة وجوبًا؛

(١) حاشية الدسوقى: ٣/٢٩٩ - ٣٠٢، بتصرف وإيجاز.
(٢) سبق تخريجه.

لقول الله تعالى: ﴿ولاتقربوا مال اليتيم إلا بالتى هى أحسن﴾[١]. وقوله تعالى: ﴿وإن تخالطوهم فإخوانكم والله يعلم المفسد من المصلح﴾[٢]. وقضية كلامه - كأصله - أن التصرف الذى لاخير فيه ولا شر ممنوع منه؛ إذ لا مصلحة فيه، وهو كذلك كما صرح به الشيخ أبو محمد والماوردى - رحمهما الله تعالى - ويجب على الولى حفظ مال الصبى عن أسباب التلف، وتنميته قدر ما تأكله المؤن من نفقة وغيرها إن أمكن، ولا تلزمه المبالغة، ولو خاف الولى استيلاء ظالم على مال اليتيم فله بذل بعضه لتخليصه وجوباً، ويستأنس له بخرق السيد الخضر - عليه السلام - السفينة، وإذا كان للصبى أو السفيه كسب يليق به أجبره الولى على الاكتساب ليرتفق به فى ذلك، ونُدب أن يشترى له العقار بل هو أولى من التجارة إذا حصل من ريعه الكفاية كما قاله الماوردى - رحمه الله تعالى - هذا إن لم يخف جورًا من سلطان أو غيره، أو خرابًا للعقار ولم يجد به ثقل خراج. وله أن يسافر بمال الصبى والمجنون وقت الأمن، والتسفير به مع ثقة ولو بلاضرورة من نحو حريق أو نهب، لأن المصلحة قد تقتضى ذلك.

ويبنى دوره ومساكنه بالطين والآجر[٣]؛ لأن الطين قليل المؤنة وينتفع به بعد النقض، والآجر يبقى، ولايبنى ذلك باللبن[٤] أو الجص[٥]، والمجنون والسفيه كالصبى فيما ذكر.

وما ذكره من اقتصار البناء بالطين والآجر نص عليه الشافعى - رحمه الله تعالى - وجرى عليه الجمهور، واختار كثير من الأصحاب جواز البناء على عادة البلد كيف كان، واختاره الرويانى - رحمه الله تعالى - واستحسنه الشاش، والقلب إليه أميل.

ويُشترط فى البناء للمحجور عليه - كما قال ابن الصباغ رحمه الله تعالى - أن يساوى كلفته. وقيل: هذا قَلَّ أن يوجد، قال بعضهم: وهذا فى التحقيق منع للبناء.

ولايشترى له ما يسرع فساده وإن كان مربحًا، قاله الماوردى - رحمه الله تعالى - ولا يبيع عقاره لأن العقار أسلم وأنفع مما عداه إلا لحاجة كنفقة وكسوة. وكذا لا يبيع عقاره إلا لغبطة ظاهرة كأن يرغب فيه شريك أو جار بأكثر من ثمن مثله وهو يجد مثله ببعض ذلك الثمن أو خيرًا منه بكله، أو يكون ثقيل الخراج - أى المغارم - مع قلة ريعه، قال الإمام: وضابط الغبطة الظاهرة أن لا يستهين بها العقلاء بالنسبة إلى شراء العقار، وكالعقار فيما ذُكِر آنية القنية من نحاس وغيره كما نقله ابن الرفعة عن البندنيجى - رحمهما الله تعالى، قال: وما عداهما لايُباع أيضًا إلا لغبطة أو حاجة، لكن يجوز لحاجة يسيرة وربح قليل لائق بخلافهما.

ولا يبيع الوصىُّ مال الطفل أو المجنون لنفسه ولامال نفسه له.

ويأخذ له بالشفعة أو يترك بحسب المصلحة التى رآها فى ذلك؛ لأنه مأمور بفعلها فيجب الأخذ إذا كانت المصلحة فيه، ويحرم إذا كانت

(١) سورة الإسراء، آية: ٣٤.
(٢) سورة البقرة، آية: ٢٢٠.
(٣) الآجر: الطوب المحرق.
(٤) اللبن - بكسر الباء -: الطوب الذى لم يحرق.
(٥) الجص: الجبس.

المصلحة فى تركه، فلو استوت المصلحة فى الأخذ والترك فقيل: يحرم الأخذ، وقيل: يجب، وقيل : بل يتخير فيه.

وينفق عليه بالمعروف فى طعام وكسوة وغيرهما مما لابد منه بما يليق به فى إعساره ويساره، فإن قتر أثم، وإن أسرف أثم وضمن، ويُخرج عنه أرشَ الجناية وإن لم يطلب ذلك منه.

ولا أجرة للولى ولا نفقة فى مال محجوره، فإن كان فقيراً وشغل بسببه عن الاكتساب أخذ الأقل من الأجرة والنفقة بالمعروف، قال الله عز وجل: ﴿ومن كان غنياً فليستعفف ومن كان فقيراً فليأكل بالمعروف﴾[1]. وكالأكل غيره من بقية المؤن .. وله أن يستقل بالأخذ من غير مراجعة الحاكم، ولو نقص أجر الأب أو الجد أو الأم إذا كانت وصية عن نفقته وكان كل منهم فقيراً تممها من مال محجوره؛ لأنها إذا وجبت بلا عمل فمع العمل أولى. وإذا أخذ لفقره ثم أيسر لا يجب عليه رد البدل على الأظهر فى زيادة (الروضة). هذا كله فى الولى غير الحاكم، أما هو فليس له ذلك لعدم اختصاص ولايته بالمحجور عليه بخلاف غيره حتى أمينه كما صرح به المحاملى - رحمه الله تعالى - وللولى خلط ماله بمال الصبى ومواكلته للارتفاق إذا كان للصبى فيه حظ، قال الله عز وجل: ﴿وإن تخالطوهم فإخوانكم﴾[2]، وإلا امتنع، قال الله عز وجل: ﴿ولاتقربوا مال اليتيم إلا بالتى هى أحسن﴾[3].

(١) سورة النساء، آية : ٦.
(٢) سورة البقرة، آية : ٢٢٠.
(٣) سورة الإسراء، آية: ٣٤.

ومن حجر عليه لسفه - أى سوء تصرف - طرأ فوليه القاضى؛ لأنه الذى يعيد الحجر عليه؛ إذ ولاية الأب ونحوه قد زالت فينظر من له النظر العام، وقيل: وليه فى الصغر كما لو بلغ سفيهاً. ومحل الخلاف ما إذا قلنا بعود الحجر بنفسه، وإلا لم ينظر إلا القاضى قطعاً، قاله الرويانى - رحمه الله تعالى - ولو طرأ جنون فوليه وليه فى الصغر وهو الأب ثم الجد، وقيل: وليه القاضى.

ولا يصح من المحجور عليه لسفه بيع ولو بغبطة، ولا شراء ولو فى الذمة لمنافاة الحجر، ولا إعتاق ولا هبة منه، ولا نكاح يقبله لنفسه بغير إذن وليه؛ لأنه إتلاف للمال أو مظنة إتلافه. ويصح بإذن الولى نكاحه لا التصرف المالى فى الأصح؛ لأن عبارته مسلوبة، كما لو أذن الصبى. والثانى - وهو المقابل للأصح -: يصح النكاح. وقال الإمام: إنه المذهب.

ومحل الوجهين إذا عين له الولى قدر الثمن، وإلا لم يصح جزمًا، ومحلهما أيضًا فيما إذا كان بعوض كالبيع، فإن كان خاليًا عن العوض كعتق وهبة لم يصح جزمًا[4].

مذهب الحنابلة:

جاء فى (كشاف القناع): أن الولاية تثبت على صغير ومجنون ذكرًا كان أو أنثى لأب؛ لأنها ولاية، فقُدِّم فيها الأب كولاية النكاح، ولكمال شفقته، ويُشترط فى الأب أن يكون بالغًا[5] رشيداً عاقلاً حرًا عدلاً ولو ظاهراً؛ لأن تفويض الولاية إلى غير من هذه صفاته تضييع للمال،

(٤) مغنى المحتاج: ٢/١٦١ - ١٦٥، بتصرف وإيجاز.
(٥) يتصور أن يكون الأب غير بالغ إذا ألحق الولد بابن عشر احتياطاً للنسب فيلحق به الولد، ولايثبت به بلوغه. انظر: كشاف القناع: ٢/٢٣٣.

ولأن غير البالغ الرشيد الحر العاقل يحتاج إلى ولى فلا يكون وليًا على غيره، لكن تثبت الولاية للمكاتب على ولده التابع له فى الكتابة.

ولو كان الأب كافرًا فله الولاية على ولده الكافر لمساواته له فى الكفر، ولا ولاية للكافر على ولده المسلم؛ لقول الله عز وجل: ﴿ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً﴾[١]. وإنما تثبت الولاية لكافر بشرط أن يكون عدلاً فى دينه ممتثلاً لما يعتقدونه واجباً منتهيًا عما يحرمونه مراعيًا للمروءة. ثم تثبت الولاية على صغير ومجنون بعد الأب لوصيه العدل ولو كان بجعل وثَمَّ متبرع بالولاية .. ثم إن لم يكن أب ولا وصيُّهُ أو كان الأب موجودًا وفقد شيئًا من الصفات المعتبرة فيه تثبت الولاية على من ذكرنا لحاكم؛ لأن الولاية انقطعت من جهة الأب فتكون للحاكم؛ لأنه ولى من لا ولى له أى بالصفات المعتبرة ـ قال الإمام: أما حكامنا هؤلاء اليوم فلا يجوز أن يتقدم إلى أحد منهم ولا يدفع إليه شيئًا، فلو لم يأمن الأب إلى أحد بالصفات المعتبرة، أو كان الأب موجودًا غير متصف بالصفات المعتبرة ـ كما يدل عليه كلامه فى الهبة ـ أقام الحاكم أمينًا فى النظر لليتيم والمجنون لانتقال الولاية إليه، فإن لم يوجد حاكم بالصفات المعتبرة فأمين يقوم باليتيم. والجد لا ولاية له؛ لأنه لا يدلى بنفسه وإنما يدلى بالأب فهو كالأخ، وكذا الأم وسائر العصبات لا ولاية لهم.

وسأل الأشرم الإمام عن رجل مات وله ورثة صغار كيف يصنع؟ فقال: إن لم يكن لهم وصى ولهم أم مشفقة تدفع إليها. ولا يجوز لولى الصغير والمجنون أن يتصرف فى مالهما إلا على وجه الحظ؛ لهما لقول الله عز وجل: ﴿ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتى هى أحسن﴾[٢]، والمجنون فى معناه.

ولولى الصغير والمجنون أن ينفق عليهما من مالهما بغير إذن حاكم كإنفاقه على لقيط بغير إذن حاكم لولايته، ولو أفسد طفل أو مجنون نفقته دفعها الولى إليه يومًا بيوم دفعًا للمفسدة، أما من لم يفسد نفقته فيجوز أن يعجل له ما جرت به عادة أهل بلده، فإن أفسد المولى عليه نفقته المدفوعة إليه يومًا بيوم بإتلافها أو دفعها لغيره أطعمه الولى وهو يعاينه وإلا كان مفرطًا، ولو أفسد كسوته ستر عورته فقط فى بيت إن لم يمكن التحيل على إبقائها عليه ولو بتهديد وزجر وصياح عليه، ومتى أراه الولى الناس ألبسه ثيابه، فإذا عاد إلى البيت نزع الثياب عنه وستر عورته فقط، ويقيد المجنون بالحديد لخوف عليه ـ نص عليه ـ وكذا لو خيف منه. ولا يصح أن يرتهن الولى من مالهما لنفسه أو أن يشترى الولى من مالهما شيئًا لنفسه أو يبيعهما شيئًا من نفسه؛ لأنه مظنة التهمة إلا الأب؛ لأن التهمة بين الولد ووالده منتفية.

ولا يصح إقرار الولى عليهما بمال ولا إتلاف ونحوه؛ لأنه إقرار على الغير، وأما تصرفاته النافذة منه كالبيع والإجارة وغيرهما فيصح إقراره بها كالوكيل، ولا يصح أن يأذن لهما فى حفظ مالهما لعدم حصول المقصود.

ولوليهما أن يسافر بما لهما فى غير بحر لتجارة وغيرها بأن عرض له سفر فى مواضع

(١) سورة النساء، آية : ١٤١.

(٢) سورة الإسراء، آية : ٣٤.

أمنه؛ لأنه أحظ لهما، ولأنه عادة البالغين فى أموالهم، قال ابن إدريس: ولم يقيد السفر بغير البحر فى (الإنصاف) ولا (المبدع)، ولم أره لغير صاحب (الإقناع)، بل مقتضى كلامهم أنه يجوز السفر فى البحر مع غلبة السلامة، ولا يدفع الولى مالهما إلا إلى الأمناء؛ لأنه لا حظ لهما فى دفعه لغير أمين، ولايغرر الولى بمالهما بأن يعرض لما هو متردد بين السلامة وعدمها لعدم الحظ لهما.

والتجارة بمالهما أولى من تركها، وفى (الاختيارات): تستحب التجارة بمال اليتيم؛ لقول عمر) وغيره: «اتجروا فى مال اليتامى لئلا تأكلها الصدقة»[1]. ويجوز لولى الصغير والمجنون أن يدفع مالهما مضاربة إلى أمين يتجر فيه بجزء من الربح؛ لأن عائشة ـ رضى الله تعالى عنها ـ أبضعت مال محمد بن أبى بكر ـ رضى الله تعالى عنهم، ولأن الولى نائب عن محجوره فى كل ما فيه مصلحته، ويجوز له إبضاعه وذلك بأن يدفع مالهما إلى من يتجر به والربح كله للمولى عليه. وله كذلك أن يبيعه نسيئة لملى، وأن يقرضه لمصلحة فيهما بأن يكون الثمن المؤجل أكثر مما يباع به حالاً أو لحاجة سفر أو خوف على المال أو غير ذلك فيجوز حينئذ ولو بلا رهن ولا كفيل به، أى فعل ذلك بالرهن والكفيل أو بأحدهما أولى من تركه؛ لأنه الاحتياط فإن تلف المال أى ضاع بسبب ترك الرهن والكفيل لم يضمن الولى؛ لأن الظاهر السلامة.

وإن أراد الولى أن يودع مال الصغير أو المجنون فَقَرْضه لثقة أولى من إيداعه؛ لأنه أحظ له، وإن أودعه الولى مع إمكان قرضه جاز له ذلك

(١) سبق تخريجه.

ولاضمان على الولى إن تلف لعدم تفريطه. وكل موضع قلنا فيه: يجوز للولى أن يقرضه بأن رأى فيه المصلحة، فلا يجوز أن يقرضه إلا لأمين؛ لئلا يعرضه للتلف، وكذا بيعه نسيئة.

ولولى الصغير أو المجنون أباً كان أو غيره أن يشترى العقار لهما من مالهما ليستغل مع بقاء الأصل لهما، وله أيضًا أن يبنى العقار لهما بما جرت به عادة أهل بلده.

وللولى أن يشترى الأضحية ليتيم له مال كثير من مال اليتيم؛ لأنه يوم سرور وفرح ليحصل بذلك جبر قلبه، وإلحاقًا بمن له أب كالثياب الحسنة مع استحباب التوسعة فى هذا اليوم، وتحرم صدقة الولى بشىء من الأضحية. ومتى كان خلط قوت اليتيم بقوت وليه أرفق به وألين لعيشه فالخلط أولى طلبًا للرفق، قال الله عز وجل: ﴿وإن تخالطوهم فإخوانكم﴾[2]. وإن كان إفراد اليتيم أرفق به أفرده الولى مراعاة للمصلحة.

ويجوز للولى أن يبيع عقار الصغير والمجنون لمصلحة ولو لم يحصل زيادة على ثمن مثله، ويجوز للولى أن يأذن للصغيرة أن تلعب بلُعبٍ غير مصورة ـ أى بلا رأس، وله أن يشترى اللعب غير المصورة لمحجورته من مالها نصًا؛ لأنه لا محظور فيه بل فيه مصلحة التمرن على مايطلب منها، وشراؤه لها من ماله أولى ليوفر لها مالها، ويجوز لوليها أيضًا أن يجهزها إذا زوجها بما يليق بها من ثياب وحلىّ وفرش على العادة؛ لأنه من مصالحها.

(٢) سورة البقرة، آية: ٢٢٠.

ومن بلغ سفيهًا واستمر أو بلغ مجنونًا فالنظر فى ماله لوليه قبل البلوغ من أب أو وصيه أو الحاكم، وإن فُكَّ عنه الحجر بأن بلغ عاقلاً رشيدًا فعاوده السفه أعيد الحجر عليه، أو جن بعد بلوغه ورشده أعيد الحجر عليه؛ لأن الحكم يدور مع علته، ولا يحجر على من سفه أو جُن بعد بلوغه ورشده إلا الحاكم؛ لأن التبذير الذى هو سبب الحجر عليه ثانيًا يختلف فاحتاج إلى الاجتهاد فلم يثبت إلا بحكم الحاكم كالحجر على المفلس.

ولا ينظر فى مالِ مَنْ سَفَهِ أو جُنَّ بعد بلوغه رشده والحجر عليه إلا الحاكم؛ لأن الحجر عليهما يفتقر إلى الحاكم وفكه كذلك فكذا النظر فى مالهما، ولا ينفك الحجر عنهما إلا بحكمه؛ لأنه حجر ثبت بحكمه فلم يزل إلا به كالمفلس.

ومن حجر عليه من هؤلاء لا يصح تزوُجه إلا بإذن وليه؛ لأنه تصرف يجب به مال فلم يصح بغير إذن وليه كالشراء إن لم يكن السفيه محتاجًا إلى التزوج، وإن كان محتاجًا إليه صح التزوج بغير إذن وليه؛ لأنه إذن مصلحة محضة، والنكاح لم يُشرع لقصد المال، وسواء احتاجه لمتعة أو خدمة، ويتقيد السفيه إذا تزوج بمهر المثل فلا يزيد عليه لأن الزيادة تبرع وليس من أهله، وإن عضله الولى بالزواج استقل السفيه به كما لو لم يمنعه لما تقدم.

ويصح من السفيه نذر كل عبادة بدنية من حج وغيره كصوم وصلاة؛ لأنه غير محجور عليه فى بدنه، أما نذر العبادة المالية فلا يصح كصدقة وأضحية؛ لأنه تصرف فى مال. وإن أحرم السفيه بحج فرض صح حتى يعود، وإن كان الحج الذى أحرم به تطوعًا وكانت نفقته فى السفر كنفقته فى الحضر، أو كانت نفقته فى السفر أزيد لكن يكسب السفيه ما يزيد فى سفره لم يمنعه وليه من إتمام الحج؛ لأنه وجب بالشروع ودفع النفقة إلى ثقة ينفق عليه، وإن كانت نفقة السفر أزيد ولم يكسب السفيه ما يزيد فى سفر فلوليه أن يحلله من الإحرام بحج النفل لما عليه من الضرر فيه، ويتحلل بالصيام كالمعسر إذا أحصر.

وحكم تصرف ولى السفيه كحكم تصرف ولى الصغير والمجنون على ما سلف؛ لأن ولايته على السفيه لحظّه فاشبه ولى الصبى.

ويجوز للولى المحتاج غير الحاكم وأمينه أن يأكل من مال المولى عليه؛ لقول الله سبحانه وتعالى: ﴿ومن كان فقيراً فليأكل بالمعروف﴾[١]. وروى عمر بن شعيب عن أبيه عن جده - رضى الله عنهم - أن رجلاً أتى النبى ﷺ فقال: إنى فقير وليس لى شىء، ولى يتيم. فقال ﷺ: «كل من مال يتيمك غير مسرف»[٢].

وأما الحاكم وأمينه فلا يأكلان شيئًا؛ لأنهما يستغنيان بما لهما فى بيت المال، ولا يلزم الولى عوض ما أكله إذا أيسر؛ لأن ذلك جعل عوضًا له عن عمله فلم يلزمه عوضه كالأجير والمضارب، ولأن الله تعالى أمر بالأكل ولم يذكر عوضًا. وإن كان الولى غنيًا لم يجز له أن يأكل من مال المولى عليه؛ لقول الله عز وجل: ﴿ومن كان غنيًا فليستعفف﴾[٣] إذا لم يكن أبًا لأن الأب له أن

(١) سورة النساء، آية: ٦.
(٢) سنن أبى داود كتاب الوصايا باب ماجاء فيما لولى اليتيم أن ينال من مال اليتيم، والنسائى فى سنن كتاب الوصايا، باب ما للوصى من مال اليتيم إذا قام عليه.
(٣) سورة النساء، آية: ٦

يتملك من مال ولده ما شاء، فإن قدر للولى الحاكمُ شيئًا جاز له أن يأخذه مجانًا، فلا يغرم بدله بعد ولو مع غناه، وللحاكم الفرض حيث رأى فيه مصلحة. ولا يقرأ الولى ولا غيره فى مصحف اليتيم إن كان ذلك يُبْلى المصحف لما فيه من الضرر عليه.

ومتى زال الحجر عن الصغير أو المجنون أو السفيه فادعى أحدهم على الولى تعدياً فى ماله أو ادعى ما يوجب ضمانًا من نحو تفريط أو محاباة أو تبرع ونحوه بلا بينة فالقول قول ولى؛ لأنه أمين كالمودَع حتى فى قدر نفقته عليه وقدر كسوته، أو قدر نفقة وكسوة على مال المحجور من رقيق وبهائم، وكذا يُقبل قوله فى قدر النفقة على من تلزمه نفقته من زوجة وقريب أو قدر نفقة على عقاره إن أنفق عليه فى عمارة بالمعروف من مال الولى ليرجع على المحجور عليه، وظاهره أنه لا تقبل دعواه اقتراضًا عليه؛ لأنه خلاف الظاهر ما لم يعلم كذب الولى بأن كذب الحس دعواه، أو تخالف عادة وعرفًا، فلا يُقبل قوله لمخالفته الظاهر.

ويجوز لولى المميز ـ ذكرًا أو أنثى ـ أن يأذن له فى التجارة لقول الله ـ تبارك وتعالى: ﴿وابتلوا اليتامى﴾[1]، أى اختبروهم لتعلموا رشدهم، وإنما يتحقق ذلك بتفويض الأمر إليهم من البيع والشراء ونحوه، ولأن المميز عاقل محجور عليه فصح تصرفه بإذن وليه، فلو تصرف بلا إذن لم يصح.

وإن أذن الولى للمميز أن يشترى فى ذمته جاز له الشراء فى ذمته عملاً بالإذن، ويصح إقراره بقدر ما أذن له فيه؛ لأن الحجر أنفك عنه فيه[2].

ومتى عقل المجنون وبلغ الصبى رشداً ذكرين كانا أو أنثيين ولو بلا حكم حاكم ـ انفك الحجر عنهما بلا حكم، أما فى الثانى فلقول الله عز وجل: ﴿وابتلوا اليتامى﴾. وأما الأول فلأن الحجر عليه كان لجنون؛ فإذا زال وجب زوال الحجر لزوال علته ودفع إلى من بلغ رشدًا أو عقل رشدًا مالهما؛ لقول الله تبارك وتعالى: (فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم﴾. ويُستحب أن يكون الدفع لهما بإذن قاض، وأن يكون ببينة بالرشد، وأن يكون ببينة بالدفع ليأمن التبعة، أى الرجوع عليه بعد ذلك[3].

مذهب الظاهرية:

جاء فى (المحلى): أن من لم يبلغ أو بلغ وهو لا يميز ولا يعقل، أو ذهب تمييزه بعد أن بلغ مميزًا فهؤلاء غير مخاطبين، ولاينفذ لهم أمر فى شىء من مالهم لما ذكرنا من قول رسول الله ﷺ: «رفع القلم عن ثلاث، فذكر: «الصبى حتى يبلغ، والمجنون حتى يبرأ»[4]. فإن كان المجنون يفيق تارة ويعقل، ويُجن أخرى جاز فعله فى الساعات التى يفيق فيها وبطل فعله فى الساعات التى يجن فيها لما ذكرنا آنفًا. ومن حجر عليه ماله لصغر أو جنون فسواء كان عليه وصى من أب أو من قاض، كل من نظر له نظرًا حسنًا فى بيع أو ابتياع أو عملٍ ما فهو نافذ لازم لايرد، وإن أنفذ عليه الوصى ما ليس نظرًا لم يجز؛ لقول الله عز وجل: ﴿كونوا قوامين بالقسط شهداء لله﴾[5]، ولقوله سبحانه: ﴿والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض﴾[6]، ولقول

(١) سورة النساء، آية: ٦.
(٢) كشاف القناع: ٢/٢٢٣ ـ ٢٢٩، بتصرف وإيجاز.

(٣) المرجع السابق: ٢/٢٢١.
(٤) سبق تخريجه.
(٥) سورة النساء، آية: ١٣٥.
(٦) سورة التوبة، آية: ٧١.

رسول الله ﷺ: «المسلم أخو المسلم لا يظلمه ولا يسلمه»(١). فصح أن كل مسلم هو ولى لكل مسلم، وأنه مأمور بالنظر له بالأحوط، وبالقيام له بالقسط، وبالتعاون على البر والتقوى، فكل بر وتقوى أنفذه المسلم للصغير والذى لا يعقل فهو نافذ بنص القرآن، ولم يأت قط نص بإفراد الوصى بذلك ورد ما سواه.

ولايجوز أن يدفع إلى من لم يبلغ شىء من ماله ولا نفقة يوم فضلاً عن ذلك إلا ما يأكل فى وقته وما يلبس لطرد الحر والبرد ومن لباس مثله، ويوسع عليه فى كل ذلك. ومن باع ما وجب بيعه لصغير أو لمحجور غير مميز أو لمفلس أو لغائب بحق أو ابتاع لهم ما وجب ابتياعه أو باع فى وصية الميت أو إبتاع من نفسه للمحجور أو للصغير أو لغرماء المفلس أو للغائب، أو باع فى وصية الميت أو ابتاع من نفسه للمحجور أو للصغير أو لغرماء المفلس أو للغائب أو باع لهم من نفسه فهو سواء، كما لو ابتاع لهم من غيره أو باع لهم من غيره ولا فرق إن لم يحابِ نفسه ولا غيره، فى كل ذلك، وإن حابى نفسه أو غيره بطل .. ولم يأت قط نص قرآن ولا سنة بالمنع من ابتياع ممن ينظر له لنفسه أو يشترى له من نفسه. وأما ما روى من أن رجلاً جاء إلى ابن مسعود رضي الله عنه على فرس فقال: إن عمى أوصى إلىَّ بتركته وهذا منها أفأشتريه؟ قال: «لا، ولا تستقرض من أموالهم شيئاً»(٢)، فهو مردود بما روى عن يرفا مولى عمر بن الخطاب قال: قال لى عمر بن الخطاب: «أنزلت مال الله تعالى منى بمنزلة مال اليتيم إن احتجت إليه أخذت منه، فإذا أيسرت قضيت»(٣). فهذا عمر رضي الله عنه لا ينكر الاستقراض من مال اليتيم.

ولايحل للوصى أن يأكل من مال مَنْ إلى نظره مطارفة لكن إن احتاج استأجره له الحاكم بأجرة مثل عمله لقول الله عز وجل: ﴿ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتى هى أحسن﴾(٤)، وأما قول الله تعالى: ﴿ومن كان فقيراً فليأكل بالمعروف﴾(٥)، فقد قال بعض السلف: إن هذا الأكل المأمور به إنما هو فى مال نفسه لا فى مال اليتيم وهو الأظهر؛ لأن الله تعالى يقول: ﴿إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلماً إنما يأكلون فى بطونهم ناراً وسيصلون سعيراً﴾(٦) فهى حرام أشد التحريم إلا على سبيل الأجرة أو البيع اللذين أباحهما الله تعالى(٧).

مذهب الزيدية:

جاء فى (البحر الزخار): أن ولى مال الصغير والمجنون أبوهما العدل، لا الفاسق؛ إذ لا يؤمن، ثم الجد كذلك. قال العباس: ووصى الأب أقدم من الجد لقيامه مقامه. وقال الإمام يحيى: بل الجد أقدم لاستحقاقه الولاية بالشرع. ولا ولاية للأم كولاية النكاح وكالتعصيب، وقال بعض أصحابنا: الأم تستحق الولاية كالأب لكن بعده. فإن عدم الأب والجد ووصيهما فالأم والحاكم. وليس للولى محاباة فى مال الصغير إلا لحظه،

(١) صحيح البخارى كتاب المظالم، باب لا يظلم المسلم المسلم، ومسلم فى صحيحة كتاب البر والصلة باب تحريم ظلم المسلم وخذله واحتقاره.

(٢) المعجم الكبير، باب العين، وسنن البيهقى الكبرى، كتاب البيوع، باب لايشترى من ماله لنفسه إن كان وصياً.

(٣) أخرجه بنحوه الطبرى فى تفسيره، انظر تفسيره لقول الله تعالى: ﴿وابتلوا اليتامى﴾.

(٤) سورة الإسراء، آية: ٣٤.

(٥) سورة النساء، آية: ٦.

(٦) سورة النساء آية: ١٠.

(٧) المحلى: ٨/٣٢٣ ـ ٣٢٥، بتصرف وإيجاز.

قال الأكثر: ويندب له أن يتجر في ماله لقول رسول الله ﷺ: «فليتجر فيه»(١).

قال الإمام يحيى: ولا يتجر في ماله في البحر لخطره، فأما أمر السيدة عائشة ـ رضي الله عنها ـ بالتجارة في مال بني أخيها محمد(٢)، فيحتمل أنها ضمنته، أو أن ذلك كان في موضع مأمون قرب الساحل.

وعلى الولي الإنفاق على الصبي والمجنون وكسوتهما غير مسرف ولا مقتر للآية(٣).

مذهب الإمامية:

جاء في (الروضة البهية): أن الولاية في مال الصغير والمجنون للأب والجد له وإن علا فيشتركان في الولاية لو اجتمعا، فإن اتفقا على أمر نفذ، وإن تعارضا قدم عقد السابق، فإن اتفقا في الزمن ففي بطلانه أو ترجيح الأب أو الجد أوجه، ثم الوصي لأحدهما مع فقدهما، ثم الحاكم مع فقد الوصي، والولاية في مال السفيه الذي لم يسبق رشده كذلك للأب والجد إلى آخر ما ذكر عملاً بالاستصحاب، فإن سبق رشده وارتفع الحجر عنه بالبلوغ معه، ثم لحقه السفه فللحاكم الولاية دونهم لارتفاع الولاية عنه بالرشد فلا تعود إليهم إلا بدليل، وهو منتف، والحاكم ولي عام لا يحتاج إلى دليل وإن تخلف في بعض الموارد، وقيل: الولاية في ماله للحاكم مطلقًا لظهور توقف الحجر عليه ورفعه على حكمه في كون النظر إليه(٤).

وجاء في كتاب (الخلاف في الفقه): أنه لا يدفع المال إلى الصبي ولايفك حجره حتى يبلغ ويكون رشيداً، وحد الرشد أن يكون مصلحًا لماله عدلاً في دينه، فإذا كان مصلحًا لماله غير عدل في دينه أو كان عدلاً في دينه غير مصلح في ماله لايدفع إليه ماله؛ لقول الله عز وجل: ﴿**فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم**﴾(٥). فاشترط الرشد.

وإذا بلغ من وجد فيه الرشد فك حجره، وإن لم يؤنس منه الرشد لم يفك حجره إلى أن يصير شيخًا كبيرًا للآية السابقة(٦).

وجاء في (الروضة البهية) أيضًا: أن من حجر عليه لايمنع من الحج الواجب مطلقًا، سواء زادت نفقته عن نفقة الحضر أم لا، وسواء وجب بالأصل أم بالعارض ـ كالمنذور قبل السفه ـ لتعينه عليه، ولكن لا يسلم النفقة بل يتولاها الولي أو وكيله، وكذا لا يمنع من الحج المندوب إذا استوت نفقته حضراً وسفراً، وتنعقد يمينه لو حلف ويكفر بالصوم لو حنث لمنعه من التصرف المالي، ومثله العهد والنذر(٧).

مذهب الإباضية:

جاء في (شرح النيل): أنه يلزم ولي يتيم وعشيرته(٨) القيام باليتيم وبماله، وقد جمع العشيرة مع الولي؛ لأنهم يقيمون الولي عليه، وإن لم يقيموه لزمه القيام به، وسواء مات أبوه في بلد ولده أو غيره، يلزمه القيام باليتيم وبماله،

(١) سبق تخريجه.
(٢) سبق تخريجه.
(٣) البحر الزخار: ٥/٨٨ ـ ٨٩، بتصرف وإيجاز.
(٤) الروضة البهية: ١/٣٦١.

(٥) سورة النساء، آية: ٦.
(٦) الخلاف في الفقه: ١/٦٢٧، بتصرف.
(٧) الروضة البهية: ١/٣٦١، بتصرف.
(٨) جاء في (الديوان): العشيرة ما دون عشرة آباء أو سبعة أو خمسة أو أربعة أو ما لم يقطعهم الشرك أقوال. شرح النيل: ٢/٦١٧ ـ ٦١٨. وانظر: لسان العرب، مادة: عشر.

والوصى مخاطب بذلك قبل العشيرة، فإن لم يقم به مع القدرة عصى، فإن ضاع شيء فى بدنه هلك، أو فى ماله ضمنه، وعلى العشيرة القيام به إذا لم يقم به، وإن احتاج فى أمر إليه والى العشيرة جميعًا قاموا به جميعًا وإلا ضمنوا جميعًا العشيرة والولى، أى أن حق اليتيم واجب، كل من قام به أجزاه، والمخاطب به الأقرب فالأقرب، فإذا لم يقم به أقامته العشيرة له، وإن لم يفعلوا أو امتنع أو هرب لزمها حتى يقيم له صالحًا، وإلا لزمها الضمان ولزم ذلك الممتنع أو الهارب إن أطاق، وإذا لم تقم به العشيرة لزم من علم به ممن يليهم فى نسب ما، وإلا فأهل المنزل الأقرب فالأقرب منزلاً، وإلا فأهل بلد يلى ذلك البلد، وذلك أن القيام به فرض كفاية.

وإن لم يكن لليتيم ولى أو كان له وغاب أو امتنع أو جُن أو عجز لمرض أو كبر أو غيرهما أو كان خائنًا أو أشرك فعلى من حضر من المسلمين العشيرة وغيرهم؛ لأن غيرهم أيضًا مخاطب، وخص المسلمين لأنهم المتأهلون لذلك والمنتفعون به عند الله تعالى، وإن كان فيهم عشيرته فهم أولى، وعلى العشيرة استخلاف قائم أمين ليتيم لم يستخلف عليه أبوه أو استخلف ومات الخليفة أو غاب أو جُن أو عجز أو لم يقبل الخلافة أو لم يتأهل لها، وإذا رجع خليفة الأب بطل خليفة غيره، وإن استخلفت العشيرة بلا حضرة المسلمين جاز، ولا يجوز العكس إلا إن رضيت العشيرة، وقيل: جائزة ولو لم ترض، وظاهر (الديوان) اختيار الأول وهو الصحيح.

والأولى أن يستخلف الأقرب من العشيرة ويجزىء الأمين فى الأموال، وأولى منه الأمين فى الدين، وإن لم تستخلف العشيرة فعلى الحاكم أو الجماعة ذلك.

ووجب نزع قائم وإن كان خليفة أب إن خان أو ضيع أو جن أو عجز - وفى الارتداد خلاف إن تاب - وقيل: لا ينزع خليفة أب ولكن يضم إليه من يصلح. وللمحتسب ما للوكيل إن كان يفعل الصلاح ولا ضمان عليه، وقيل: إن لم يكن له ولى ولم تكن له عشيرة ولم تكن جماعة المسلمين أو كان ذلك ولم يوكلوا له، وقيل: لايجوز للمحتسب أو وكيل الجائر الدخول فى ماله إلا إن كان ثقة، وإلا ضمن التلف، وأجاز أبو سعيد أن يحتسب له غير الثقة إلا فى دفع المال أو قبضه فلا يجوز إلا الثقة. وفى (التاج): أن للحاكم أن يحكم ببينة المحتسب وله ما للوصى إلا فى اليمين، وقيل: لا يجوز الاحتساب إلا عند عدم الحكام، وجوز عند عدم الوصى والوكيل، وقيل: ليس على الحاكم أن يجبر على الوكالة أحدًا فى اليتيم أو المعتوه إن لم يكن له مال، بل يلى ذلك بنفسه إلا فيما لا يمكن له فله أن يأمر الثقة بالقيام فيه ويجبر عليه؛ لأن السلطان ولى من لا ولى له.

ولا يهب قائم يتيم ولو وصيًا أو خليفة أو أمًّا من ماله، ولا يقطع غيره إلا من واجب صدقة فيه كزكاة زرعه وثمره فإنه يؤديها ولا يتركها فى ماله إلا هبة الثواب فإنه يهبها من مال اليتيم. قال أبو العباس أحمد بن محمد - رحمه الله تعالى: وقيل فى خليفة اليتيم والمجنون يجوز له أن يعطى الصدقة مما لهما فى يده، وقيل: لا يجوز له ذلك، وقيل: يكتب كل لازم فى المال حتى يبلغ أو يفيق ويعلم مالزمه وقيل: له أن يجعل

المعروف مما استخلف عليه إن رآه أنفع له. وقيل غير ذلك.

وقيل: يعطى منه كل واجب فيه من المخلوق لجار ورحم ونحوهما ممن له حق فى ذلك. وله أن يخالطه ولو لم يكن مراهقًا إن رأى صلاحًا له، مثل أن يخلط طعامه بطعامه كثمر وزرع ومطبوخ وغير ذلك إن كانت لليتيم فى ذلك فائدة. وإن لم تكن له فائدة فى ذلك ولا ضر لم يكن حرامًا، وكذا له أن يأكل فضل طعامه إن لم يصلح لبيع ولا ادخار، وله أن يقرض من ماله لنفسه إن احتاج لا لتكاثر ويرد إذا أيسر.

ويجوز له أن يعطى أجرة معلمه وطبيبه وثمن الدواء، ويركب دابته إذا ذهب بها لصلاحها أو صلاح ماله، ويأمر بذلك إن احتاج لذلك، ويفديه من عدوه إذا أخذه العدو أو الجائر أو أراد أخذه، ويفدى ماله ببعضه، ويحسب عليه إن أعطى شيئًا مما تقدم ذكره من نفسه ليأخذه بعد بلوغه، ويشهد عند الإعطاء على ذلك لئلا يقوم عليه اليتيم أو وارثه، وجاز أن يأخذه من ماله قبل أن يبلغ. وإن أعطى على اليتيم من ماله ولم ينو أن لا يرجع به على اليتيم ولا أن يرجع فله عندى أن يرجع، لأنه لا يفوته ماله إلا إن فوته على نفسه بإعطائه على اليتيم مثلاً لوجه الله أو على طريق نفع اليتيم مثلاً للرقة عليه أو نحو ذلك.

وقيل: ليس لوصى اليتيم أن يشترى له مالاً إلا إن كان شفعة له فى مشاع، وقيل: يجوز أن يشفع له غير المشاع إن كان دفعًا لضر، والمشاع هنا المشترك[١].

(١) شرح النيل: ٢/٦١٧ ـ ٦٣٢، بتصرف وإيجاز.

ثالثاً: الولاية فى استيفاء القصاص والدية والعفو:

مذهب الحنفية:

جاء فى (بدائع الصنائع): أن ولاية استيفاء القصاص تثبت بأسباب منها: الوراثة، وجملة الكلام فيه أن الوارث لا يخلو إما أن يكون واحدًا وإما أن يكون جماعة، فإن كان واحدًا فهو لا يخلو إما أن يكون كبيرًا وإما أن يكون صغيرًا، فإن كان كبيرًا فله أن يستوفى القصاص؛ لقول الله تعالى: **﴿ومن قُتل مظلومًا فقد جعلنا لوليه سلطانًا فلا يسرف فى القتل إنه كان منصورًا﴾**[٢]، ولوجود سبب الولاية فى حقه على الكمال ـ وهو الوراثة من غير مزاحمة.

وإن كان صغيرًا اختلف المشايخ ـ رحمهم الله تعالى ـ فيه، فقال بعضهم: ينتظر بلوغه، وقال بعضهم: يستوفيه القاضى. هذا إذا كان واحدًا.

أما إن كانوا جماعة، فإن كان الكل كبارًا فلكل واحد منهم ولاية استيفاء القصاص، حتى لو قتله أحدهم صار القصاص مستوفىً؛ لأن القصاص إن كان حق الميت فكل واحد من آحاد الورثة خصم فى استيفاء حق الميت كما فى المال، وإذا كان حق الورثة ابتداء ـ كما قال الإمام أبو حنيفة رحمه الله تعالى ـ فقد وجب سبب ثبوت الحق فى حق كل واحد منهم، إلا أن حضور الكل شرط جواز الاستيفاء، وليس للبعض ولاية الاستيفاء مع غيبة البعض؛ لأن فيه احتمال استيفاء ما ليس بحق له؛ لاحتمال العفو من الغائب، وإلى هذا أشار محمد ـ رحمه الله تعالى ـ فقال: لا أدرى

(٢) سورة الإسراء، آية: ٣٣.

لعل الغائب عفا. وكذا إذا كان الكل حضوراً لايجوز لهم ولا لأحدهم أن يوكل فى استيفاء القصاص على معنى أنه لا يجوز للوكيل أن يستوفى القصاص مع غيبة الموكل لاحتمال أن الغائب قد عفا، ولأن فى اشتراط حضرة الموكل رجاء العفو منه عند معاينة حلول العقوبة بالقاتل، وقد قال الله تعالى: **﴿وأن تعفوا أقرب للتقوى ولا تنسوا الفضل بينكم﴾**(١).

وإن كان فيهم صغير وكبير، فإن كان الكبير هو الأب بأن كان القصاص مشتركًا بين الأب وابنه الصغير فللأب أن يستوفى بالإجماع؛ لأنه لو كان لم يقاصص كان للأب أن يستوفيه فهاهنا أولى، وإن كان الكبير غير الأب بأن كان أخًا فللكبير أن يستوفى قبل بلوغ الصغير عند أبى حنيفة ـ رحمه الله تعالى. وعند أبى يوسف ـ رحمه الله تعالى ـ ليس له ذلك قبل بلوغ الصغير.

ومنها **الأبوة** فللأب أو الجد أن يستوفى قصاصًا وجب للصغير فى النفس وفيما دون النفس؛ لأن هذه ولاية نظر ومصلحة كولاية النكاح فتثبت لمن كان مختصًا بكمال النظر والمصلحة فى حق الصغير. ومنها **الملك المطلق** وقت القتل فللمولى أن يستوفى القصاص إذا قتل مملوكه إذا لم يكن فى استيفاء القصاص إبطال حق الغير من غير رضاه؛ لأن الحق قد ثبت له وهو أقرب الناس إليه فله أن يستوفيه. ومنها **الولاء** إذا لم يكن للمولى الأسفل وارث؛ لأن الولاء سبب الولاية فى الجملة. ومنها **السلطنة** عند عدم الورثة والملك والولاء كاللقيط ونحوه إذا قتل وهذا قولهما. وقال أبو يوسف ـ رحمه الله تعالى ـ ليس للسلطان أن يستوفى إذا كان المقتول من أهل دار الإسلام وله أن يأخذ الدية، وإن كان من أهل دار الحرب فله أن يستوفى القصاص وله أن يأخذ الدية؛ لأن المقتول فى دار الإسلام لا يخلو عن ولى له عادة إلا أنه ربما لايعرف، وقيام ولاية الولى تمنع ولاية السلطان، وبهذا لا يملك العفو، بخلاف الحربى إذا دخل دار الإسلام فأسلم أن الظاهر أن لا ولى له فى دار الإسلام، ووجه قولهما أن الكلام فى قتيل لم يعرف له ولى عند الناس فكان وليه السلطان؛ لقول رسول الله ﷺ: «**السلطان ولى من لا ولى له**»(٢). وقد روى أنه لما قُتل سيدنا عمر رضي الله عنه خرج الهرمزان والخنجر فى يده فظن عبيد الله أن هذا الذى قتل سيدنا عمر رضي الله عنه فقتله فرفع ذلك إلى سيدنا عثمان رضي الله عنه فقال سيدنا على رضي الله عنه لسيدنا عثمان: اقتل عبيدالله. فامتنع سيدنا عثمان رضي الله عنه وقال: كيف أقتل رجلاً قُتل أبوه أمس؟! لا أفعل، ولكن هذا رجل من أهل الأرض وأنا وليه أعفو عنه وأؤدى ديته. وأراد بقوله: (أعفو عنه وأؤدى ديته) الصلح على الدية، وللإمام أن يصالح على الدية إلا أنه لا يملك العفو؛ لأن القصاص حق المسلمين بدليل أن ميراثه لهم، وإنما الإمام نائب عنهم فى الإقامة، وفى العفو إسقاط حقهم أصلاً ورأسًا وهذا لايجوز، ولهذا لا يملكه الأب والجد وإن كانا يملكان استيفاء القصاص، وله أن يصالح على الدية كما فعل سيدنا عثمان رضي الله عنه.

ويُشترط لوجود القصاص أن يكون ولى القتيل معلومًا، فإن كان مجهولاً لم يجب القصاص لأن

(١) سورة البقرة، آية : ٢٣٧.

(٢) سبق تخريجه.

وجوب القصاص وجوب للاستيفاء، والاستيفاء من المجهول متعذر فتعذر الإيجاب له[1].

مذهب المالكية:

جاء في (مواهب الجليل)[2]: أنه إذا اجتمع في القيام بالدم نسب وولاء كان النسب المبدأ في القيام والعفو، وإن لم يكن ذو نسب فالمولى الأعلى، فإن لم يكن مولى أعلى فالسلطان ولا شيء للمولى الأسفل. قاله اللخمي - رحمه الله تعالى. وقال ابن سلمون - رحمه الله تعالى: فإن لم يكن أولياء فهل للسلطان ما للأولياء من العفو أو القصاص؟ قال ابن الحاج - رحمه الله تعالى - في مسائله: الذي يقتضيه الواجب أنه لا نظر للسلطان في العفو عنه، وكذلك ظهر لابن رشد.

وجاء في (الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه): الاستيفاء في النفس للعاصب من النسب إن وجد، فإن لم يوجد فعاصب الولاء، فإن لم يوجد فالإمام. فإن كان العاصب من النسب موجودًا قدم أقرب الورثة الذكور منهم، فلا دخل فيه لزوج - إلا أن يكون ابن عم لزوجته المقتولة - ولا لأخ لأم أو جد لها، وقدم ابن فابنه كترتيب الولاء، يُقدم الأقرب فالأقرب من العصبة في إرثه إلا الجد والإخوة فسيان هنا في القتل والعفو، بخلاف إرث الولاء فتقدم الإخوة وبنوهم عليه.

وانتظر غائب من العصبة له حق في الاستيفاء بأن كان مساويًا للحاضر في الدرجة ليعفو أو يقتل، ويحبس القاتل مدة الانتظار ويحدد[3]؛ لأن العادة الفرار في مثل ذلك، ولايطلق بكفيل؛ إذ لا تصح الكفالة في القود، وينفق عليه من ماله إن كان له مال وإلا فمن بيت المال، هذا إذا كان الغائب لم تبعد غيبته جدًا بل كانت قريبة بحيث تصل إليه الأخبار إن أراد الحاضر القصاص، فإن أراد العفو فله ذلك، ولاينتظر الغائب بل له إذا حضر نصيبه من دية عمد. فإن بعدت غيبته جدًا بحيث يتعذر وصول الخبر إليه لم ينتظر كأسير ومفقود. هذا قول ابن القاسم - رحمه الله تعالى - وظاهر (المدونة) عند ابن رشد وأبي عمران أن الغائب ينتظر وإن بعدت غيبته. وقال سحنون: ينتظر الغائب إلا أن يبعد جدًا أو ييأس منه كالأسير ونحوه. ومحل هذا الخلاف إذا غاب بعض العصبة دون بعض، فلو غابوا كلهم فالظاهر انتظارهم مطلقًا ولو بعدت غيبتهم. وانتظر إفاقة عاصب مغمى عليه لقرب إفاقته، وانتظر إفاقة عاصب مبرسم[4] لقصر أمد البرسام غالبًا بموت أو صحة، ولاينتظر إفاقة عاصب مجنون مطبق لم تعلم إفاقته، بخلاف من يفيق أحيانًا فتنتظر إفاقته ولاينتظر بلوغ عاصب صغير واحد أو متعدد لم يتوقف ثبوت القتل عليه بحلف أيمان القسامة.

وأما لو توقف ثبوت القصاص على بلوغ الصبي بأن لم يوجد من العصبة غيره انتظر، وكذا إن وجد واحد معه كبير كابنين أحدهما كبير فإن الكبير يحلف حصته مع إحضار الصغير معه ثم ينتظر بلوغ الصغير فيحلف الباقي ويثبت القصاص. هذا فيما يحتاج لقسامة وأما ما ثبت ببينة أو إقرار ففيه القصاص حالاً بلا انتظار من غير خلاف[5].

ويثبت الاستيفاء للنساء أيضًا بثلاثة شروط:

(١) بدائع الصنائع: ٢٤٢/٧ - ٢٤٥، بتصرف وإيجاز.
(٢) مواهب الجليل بهامشه التاج والإكليل: ٢٥٠/٦.
(٣) يحدد: يوضع في يده الحديد.

(٤) المبرسم: بفتح السين اسم مفعول. والبرسام ورم في الرأس يثقل معه الدماغ.
(٥) حاشية الدسوقي: ٢٥٦/٤ - ٢٥٨، بتصرف وإيجاز.

أولها: **الإرث** إن كن يرثن المقتول، فلا يثبت للعمة والخالة ونحوهما من باقى ذوات الرحم من النساء غير الوارثات. **والشرط الثانى**: أن لا يساويهن عاصب فى الدرجة بأن لم يوجد أصلاً أو يوجد عاصب أنزل منهن كعم مع بنت أو أخت، بخلاف البنت مع الابن أو الأخت مع الأخ فلا كلام لها معه فى عفو ولا قود. **الشرط الثالث**: أن يكن عصبة لو فرض كونهن ذكورًا، فلا كلام للجدة من الأم والأخت للأم والزوجة فى شأن الدم مطلقًا عفوًا أو قصاصًا.

ولكل من النساء الوارثات والعاصب غير المساوى القتل، أى مَنْ طلبه من الفريقين أجيب له، ولاعبرة بمن عفا من الفريقين، ولاعفو إلا باجتماعهم حقيقة كواحد من هذا الفريق وواحد من الفريق الآخر، أو اجتماعهم حكمًا كأن حُزْنَ الميراث كبنت وأخت شقيقة أو لأب وثبت قتل مورثهن بقسامة من أعمام مثلاً فلكل القتل ولا عفو إلا باجتماعهم سواء ثبت ببينة أو قسامة، وينتقل للوارث من الكلام فى الاستيفاء وعدمه ما كان لمورثه.

وللصغير إن حصل عفو من كبير وسقط القتل نصيبه من الدية، ولايسرى عفو الكبير عليه فى إسقاط حقه منها. ولولى الصغير من أب أو وصى أو غيرهما إذا استحق الصغير قصاصًا وحده بلا مشاركة كبير فيه النظر بالمصلحة فى القتل وفى أخذ الدية كاملة فيجب عليه أن يفعل الأصلح، فإن استوت المصلحة خُيِّر، ولايجوز له أن يأخذ بعض الدية مع ملاء الجانى كما لو قطع جان يد صغير عمدًا فلوليه النظر فى القطع أو أخذ ديتها كاملة وليس له أن يصالح على أقل من الدية إلا لعسر من الجانى(١).

وإذا كان القائم بالدم رجالاً فقط مستوين فى الدرجة والاستحقاق كابنين أو أخوين أو عمين فأكثر فإن اجتمعوا كلهم على القصاص اقتصوا، وإن طلب بعضهم القصاص وبعضهم العفو فالقول لمن طلب العفو، وإن كان العافى أعلى فهو أولى كعفو ابن مع أخ أو أخ مع عم، فإن كان العافى أنزل درجة لم يعتبر عفوه؛ إذ لا كلام له كعفو أخ مع وجود ابن، وكذا إذا كان العافى لم يساو الباقى فى الاستحقاق كالإخوة للأم مع وجود الإخوة للأب؛ إذ لا استحقاق للإخوة لأم فى الدم.

أما إذا كان القائم بالدم نساء فقط لعدم مساواة عاصب لهن فى الدرجة بأن لم يوجد عاصب أصلاً أو وُجد وكان أنزل منهن درجة وقد حُزْنَ الميراث وثبت القتل بغير قسامة، فإن كانت البنت أو بنت الابن فهى أحق من الأخت فى عفو وضده؛ إذ لا كلام للأخت معها، ولا يلزم من مساواتها لها فى الإرث مساواتها فى العفو وعدمه عند ابن القاسم، وهذا إذا ثبت القتل ببينة أو إقرار، وأما لو احتاج القصاص لقسامة فليس لهما أن يقسما؛ لأن النساء لا يقسمن فى العمد وإنما يقسم العصبة، فإن أقسموا وأرادوا القتل وعفت البنت فلا عفو لها، وإن عفوا وأرادت القتل فلا عفو لهم إلا باجتماع الجميع أو بعض من البنات وبعض منهم، وإن عفت بنت من بنات أو بنت ابن من بنات ابن أو أخت من أخوات ولم يكن عاصب؛ أو كان عاصب لا كلام

---

(١) حاشية الدسوقى: ٢٥٨/٤ ـ ٢٥٩، وبلغة السالك: ٣٦٢/٢ ـ ٣٦٣ بتصرف.

له نظر الحاكم فى العفو وضده إن كان عدلاً وإلا فجماعة المسلمين.

فإن كان القائم بالدم رجالاً ونساءً؛ وكان للرجال كلام لكونهم وارثين ثبت القتل ببينة أو إقرار أو قسامة، أو كانوا غير وارثين ولكن ثبت القتل بقسامة لم يسقط القصاص إلا بعفو الفريقين، ومن أراد القتل من الفريقين فالقول له أو بعفو بعض كل من الفريقين. ومهما عفا بعض مستحقى الدم مع تساوى درجتهم بعد ثبوت الدم ببينة أو إقرار أو قسامة سقط القود، وإذا سقط فلمن بقى ـ ممن لم يعف وله التكلم أو هو مع غيره ـ نصيبه من الدية، وكذا إذا عفا جميع من له التكلم مترتبًا فلمن بقى ممن لا تكلم له نصيبه من دية عمد كولدين وزوج أو زوجة؛ لأنه مال ثبت بعفو الأول، بخلاف ما لو عفوا فى فور واحد فلا شىء لمن لا تكلم له، كما إذا كان من له التكلم واحدًا وعفا.

وإرث القصاص كإرث المال لا كالاستيفاء، فإذا مات ولى الدم فينزل ورثته منزلته من غير خصوصية للعصبة منهم على ذوى الفروض، فيرثه البنات والأمهات، ويكون لهن العفو والقصاص، كما لو كانوا كلهم عصبة؛ لأنهم ورثوه عمن كان ذلك له[1].

مذهب الشافعية:

جاء فى (مغنى المحتاج): أن الصحيح المنصوص ثبوت القصاص فى النفس ابتداء لا تلقيًا من القتيل لكل وارث خاص من ذوى الفروض والعصبة، يعنى يرثه جميع الورثة لا كل فرد من الورثة، ويقسم القصاص بين الورثة على حسب إرثهم؛ لأنه حق يورث فكان كالمال، فلو خلف قتيل زوجة وابنًا كان لها الثمن وللابن الباقى.

والقول الثانى الذى يقابل الصحيح: أن القصاص يثبت للعصبة الذكور خاصة؛ لأن القصاص لرفع العار فاختص بهم كولاية النكاح.

والقول الثالث: أن القصاص يستحقه الوارثون بالنسب دون السبب؛ لانقطاعه بالموت فلا حاجة إلى التشفى، أما قصاص الطرف إذا مات مستحقه فإنه يثبت لجميع الورثة قطعًا. قال البلقينى ـ رحمه الله ـ : ويحتمل جريان الخلاف الذى فى النفس فيه لكنهم لم يذكروه. وينتظر حتمًا فى غير قاطع الطريق غائبهم إلى حضوره أو إذنه، وكمال صبيهم ببلوغه عاقلاً، وكمال مجنونهم بإفاقته؛ لأن القصاص للتشفى فحقه التفويض إلى خيرة المستحق فلا يحصل باستيفاء غيره من ولى أو حاكم أو بقية الورثة، ولو حكم للكبير حاكم باستيفاء القصاص لم ينقض حكمه فى أصح الوجهين، حكاهما والد الرويانى عن جده.

وإذا كان الصبى والمجنون فقيرين محتاجين للنفقة جاز لولى المجنون غير الوصى العفو على الدية دون ولى الصبى على الأصح فى (الروضة)، لأن للصبى غاية تنتظر بخلاف المجنون، وقيل: يجوز للولى فى الصبى أيضًا وجرى عليه فى (التنبيه)، وأقره عليه المصنف فى تصحيحه، ونبهت فى شرحه على ضعفه.

وليتفق مستحقو القصاص المكلفون الحاضرون على مستوف له منهم أو من غيرهم، وليس لهم أن يجتمعوا على مباشرة استيفائه؛

(1) [illegible] ٣٦١ - ٣٦٢

لأن فيه زيادة تعذيب للجانى، أما إذا لم يتفقوا على مستوف، بل أراد كل منهم أو أراد بعضهم أن يستوفيه بنفسه فيجب أن يقرع بينهم كما قاله الرويانى ـ رحمه الله تعالى ـ لعدم المزية، فمن خرجت قرعته تولاه بإذن الباقين بعدها.

ويدخل هذه القرعة العاجز عن الاستيفاء كشيخ وامرأة؛ لأنه صاحب حق كالقادر ويستتيب، وقيل ـ وهو الأصح عند الأكثر كما فى (الروضة) ـ لايدخل العاجز القرعة، وصححه فى (الشرح الصغير)، ونص عليه فى (الأم)، وقال البلقينى: إنه المعتمد فى الفنون. وقال الرويانى فى (البحر): إن الأول غلط؛ لأنها للاستيفاء فيختص بأهله، وعلى هذا لو خرجت لقوى فعجز قبل الاستيفاء أعيدت للباقين.

ولو أسرع أحد المستحقين للقصاص فقتل الجانى قبل العفو فالأظهر أنه لا قصاص عليه، لأن له حقاً فى قتله فيدفع حقه عقوبة عنه، وللباقين من المستحقين قسط الدية لفوات القصاص بغير اختيارهم من تركة الجانى؛ لأن المبادر فيما وراء حقه كالأجنبى، ولو قتله أجنبى أخذ الورثة من تركة الجانى لا من الأجنبى فكذا هنا.

ولوارث الجانى على المبادر قسط ما زاد على قدر حصته من الدية، وفى قول: للباقين من المستحقين قسط الدية من المبادر؛ لأنه أتلف ما يستحقه هو وغيره فيلزمه ضمان حق غيره. وفى قول: إنهم بالخيار. ومقابل الأظهر: عليه القصاص، لأنه استوفى أكثر من حقه فأشبه ما لو استحق طرفًا فاستوفى نفسًا، وعلى هذا إذا اقتص منه استحق ورثته قسطه من تركة الجانى كالباقين. هذا إذا علم تحريم القتل ولم يحكم حاكم له بقصاص ولا منع، فإن جهله أو حكم له به حاكم فلا قصاص قطعًا، أو حكم حاكم بمنعه من القصاص فعليه القصاص جزمًا.

ولا يستوفى قصاص فى نفس أو غيرها إلا بإذن الإمام فيه لخطره؛ ولأن وجوبه يفتقر إلى اجتهاده لاختلاف الناس فى شرائط الوجوب والاستيفاء، فإن استقل مستحق القصاص بالاستيفاء اعتد به؛ لأنه استوفى حقه، وعُزِّر لافتياته على الإمام(١).

وللولى أن يعفو عن القود على الدية بغير رضا الجانى سواء قلنا بأن الدية بدل عن القود أو بأن موجب العمد أحدهما مبهمًا ـ لما روى البيهقى عن مجاهد وغيره: كان فى شرع موسى عليه السلام تحتم القصاص جزمًا، وفى شرع عيسى عليه السلام الدية فقط، فخفف الله تعالى عن هذه الأمة وخيرها بين الأمرين لما فى الإلزام بأحدهما من المشقة؛ ولأن الجانى محكوم عليه فلا يعتبر رضاه كالمحال عليه والمضمون عنه، ولو عفا عن عضو من أعضاء الجانى سقط كله كما أن تطليق بعض المرأة تطليق لكلها، ولو عفا بعض المستحقين سقط أيضًا وإن لم يرض البعض الآخر؛ لأن القصاص لا يتجزأ، و يغلب فيه جانب السقوط لحقن الدماء، ولا يؤثر فيه الجهل؛ لأن العفو مستحب فقد رغب الشارع فيه، قال الله عز وجل: ﴿**فمن عفا وأصلح فأجره على الله**﴾(٢).

وروى البيهقى وغيره عن أنس أن النبى ﷺ ما

---

(١) مغنى المحتاج: ٣٦/٤ ـ ٣٨، بتصرف وإيجاز.
(٢) سورة الشورى، آية: ٤٠

رفع إليه قصاص قط إلا أمر فيه بالعفو(١).

وبناء على أن موجب العمد القود والدية بدل عنه، لو أطلق [illegible] العفو عن القود ولم يتعرض للدية بنفي ولا إثبات فالمذهب أن لا دية؛ لأن القتل لم يوجب الدية على هذا القول، والعفو إسقاط ثابت لا إثبات معدوم. والقول الثاني المقابل للمذهب: تجب الدية لقول الله تعالى: ﴿فمن عفي له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف﴾(٢). أي اتباع المال، وذلك يشعر بوجوبه بالعفو.

ولو عفا الولي على القول الأول عن الدية لغا عفوه؛ لأنه عفا عما ليس مستحقًا له، وله العفو عن القصاص بعده وإن تراخى؛ لأن اللاغي كالمعدوم. ولو عفا عن القود على غير جنس الدية أو صالح غيره عليه ثبت ذلك الغير أو المصالح عليه وإن كان أكثر من الدية إن قبل الجاني أو المصالح ذلك وسقط عنه القصاص، وإن لم يقبل الجاني أو المصالح ذلك فلا يثبت؛ لأنه اعتياض فاشترط رضاهما كعوض الخلع، ولايسقط عنه القود في الأصح؛ لأنه رضي به على عوض ولم يحصل له، وليس كالصلح على عوض فاسد؛ لأن الجاني هناك قبل والتزم. والقول الثاني المقابل للأصح: يسقط عنه القود لرضاه بالصلح عنه وعلى هذا هل تثبت الدية؟ قال البغوي: هو كما لو عفا مطلقًا، وأقراه(٣).

مذهب الحنابلة:

جاء في (كشاف القناع): أن القصاص والعفو في قتل الغيلة وغيره للولي الوارث للمقتول لقيامه مقامه دون السلطان، فليس له قصاص ولا عفو مع وجود وارث، لعموم قول الله عز وجل: ﴿ومن قتل مظلوماً فقد جعلنا لوليه سلطاناً﴾(٤)، وقول رسول الله ﷺ: «فأهله بين خيرتين»(٥)، فإن لم يكن للمقتول وارث فهو ولي المقتول، له القصاص والعفو على الدية لا مجانًا.

فإن كان مستحق القصاص صغيرًا أو مجنونًا لم يجز لآخر أن يستوفيه، ويحبس القاتل حتى يبلغ الصغير وحتى يعقل المجنون؛ لأن فيه حظًا للقاتل بتأخير قتله، وحظًا للمستحق بإيصاله إلى حقه، ولأنه يستحق إتلاف نفسه ومنفعته، فإذا تعذر استيفاء النفس لعارض بقي إتلاف المنفعة سالمًا عن المعارض. وقد حبس معاوية هدبة بن خشرم في قود حتى بلغ ابن القتيل فلم ينكر ذلك وكان في عصر الصحابة رضوان الله تعالى عنهم.

وليس لأبي الصغير والمجنون أن يستوفي القصاص لهما كوصي وحاكم؛ لأن القصد التشفي وترك الغيظ، ولايحصل ذلك باستيفاء الأب أو غيره بخلاف الدية فإن الغرض يحصل باستيفائه، ولأن الدية إنما يملك استيفاءها إذا تعينت والقصاص لا يتعين، فإن كان مستحق القصاص الصغير والمجنون محتاجين إلى نفقة فلولي المجنون أن يعفو عن القصاص إلى الدية دون ولي الصغير نصًا؛ لأن المجنون ليس له حالة معتادة ينتظر فيها إفاقته ورجوع عقله بخلاف الصبي. وإن مات الصغير والمجنون قبل البلوغ والعقل قام وارثهما مقامهما في استيفاء

(١) سنن البيهقي الكبرى، كتاب النفقات، باب ما جاء في الترغيب في العفو رقم ١٥٨٢٨.
(٢) سورة البقرة، آية: ١٧٨.
(٣) مغني المحتاج: ٤/٤٤ ـ ٤٥، بتصرف وإيجاز.
(٤) سورة الإسراء، آية: ٣٣.
(٥) سنن أبي داود، كتاب الديات، باب: ولي العمد يرضى بالدية.

القصاص؛ لأنه حق لهما فانتقل بموتهما إلى وارثهما كسائر حقوقهما، وإن قتل الصغير أو المجنون قاتل الأب قهرًا سقط حقه؛ لأنه أتلف عين حقه فسقط الحق. أشبه ما لوكان لأحدهما وديعة عند شخص فأتلفها.

وإذا تعدد من يستحق القصاص فليس لبعضهم أن يستوفيه دون بعض؛ لأنه يكون مستوفيًا لحق غيره بغير إذن ولا ولاية له عليه أشبه الدين، فإن استوفى أحدهم القصاص بدون إذن الباقى فلا قصاص عليه؛ لأنه قتل نفسًا يستحق بعضها فلم يجب قتله بها؛ لأن النفس لا تؤخذ ببعض نفس، ولأنه مشارك فى استحقاق القتل فلم يجب عليه القود ولشركائه فى تركة الجانى حقهم من الدية؛ لأن حقهم من القصاص سقط بغير اختيارهم فأشبه ما لو مات القاتل، وترجع ورثة الجانى على المقتص بما فوق حقه من الدية، فلو كان الجانى أقل دية من قاتله مثل امرأة قتلت رجلاً له ابنان قتلها أحدهما بغير إذن الابن الآخر فللآخر نصف دية أبيه فى تركة المرأة التى قتلته كما لو ماتت، وترجع ورثتها بنصف ديتها على قاتلها؛ لأنه لا يستحق سوى نصف دمها وقد استوفاه.

وإن عفا بعض الورثة عن القصاص وكان ممن يصح عفوه بأن كان مكلفًا ـ ولو كان العفو إلى الدية سقط القصاص، روى عن عمر وعلى ـ رضى الله عنهما؛ لأن القصاص حق مشترك بين الورثة لايتبعض مبناه على الدرء والإسقاط، فإذا أسقط بعضهم حقه سرى إلى الباقى كالعتق، وإن كان العافى على القصاص زوجًا أو زوجة لقول زيد بن وهب: إن عمر رضى الله تعالى عنه أتى برجل قتل قتيلاً فجاء ورثة المقتول ليقتلوه فقالت امرأة المقتول وهى أخت القاتل: عفوت عن حقى، فقال عمر ﷺ: «الله اكبر، عتق القتيل»[1]. لأن من ورث المال ورث القود، وكذا لوشهد أحد الورثة ـ ولو مع فسقه ـ بعفو بعضهم فإنه يسقط حق الجميع من القصاص لكون شهادته إقرارًا بأن نصيبه من القصاص سقط وهو لا يتبعض. وللباقين الذين لم يعفوا حقهم من الدية على الجانى سواء عفا مطلقًا أو عفا إلى الدية؛ لأن حقه من القصاص سقط بغير رضاه فثبت له البدل كما لو ورث بعض دمه أو مات، فإن قتله الباقون عالمين بالعفو وعالمين بسقوط القصاص فعليهم القود سواء حكم بالعفو حاكم أو لم يحكم؛ لأنه قتل عمد عدوان أشبه ما لو قتلوه ابتداء، وإن لم يكونوا عالمين بالعفو؛ وبسقوط القصاص فلا قود عليهم، ولو كان قد حكم بالعفو؛ لأن عدم العلم بذلك شبهة درأت القود كالوكيل إذا قتله بعد العفو وقبل العلم به، وعلى القاتلين ديته؛ لأن القتل قد تعذر والدية بدله، وسواء كان الجميع حاضرين أو كان بعضهم حاضرًا وبعضهم غائبًا لاستوائهم معنى، فإن كان القاتل هو العافى فعليه القصاص ولو ادعى نسيانه أو جوازه.

وإن كان بعض الورثة غائبًا أُنتُظر قدومه وجوبًا؛ لأنه حق مشترك، ويحبس القاتل حتى يقدم الغائب كما تقدم فى الصغير والمجنون.

وكل من ورث المال ورث القصاص على قدر ميراثه من المال، حتى الزوجين وذوى الأرحام؛

(١) قال فى منار السبيل: رواه أبو داود. وقال فى إرواء الغليل: صحيح ولم أره عند أبى داود بعد مزيد بحث، وما أظنه رواه: ٧/٢٧٩.

لأنه حق فيستحقه الوارث من جهة مورثه أشبه المال، ومن لا وارث له فوليه الإمام؛ لأنه ولي من لا ولي له، إن شاء اقتص لأن بنا حاجة إلى عصمة الدماء، فلو لم يقتل قاتل من لا وارث له لقتل، وإن شاء عفا إلى دية كاملة فأكثر؛ لأنه يفعل ما يرى فيه المصلحة للمسلمين في القصاص والعفو، وليس له العفو مجانًا ولا على أقل من دية؛ لأنها للمسلمين ولاحظ لهم في ذلك.

ولا يستوفى القصاص إلا بحضرة السلطان أو نائبه وجوبًا؛ لأنه يفتقر إلى اجتهاده ولايؤمن فيه الحيف مع قصد التشفي، فلو خالف الولي واقتص بغير حضرة السلطان أو نائبه وقع الموقع لأنه استوفى حقه وللإمام أو نائبه تعزيره لافتياته على السلطان. وفي (عيون المسائل): لايعزره لأنه حق له كالمال.

وينظر الإمام أو نائبه في الولي إن كان الولي يحسن الاستيفاء ويقدر عليه بالقوة والمعرفة مكنه منه الإمام وخيره بين المباشرة والتوكيل؛ لقول الله عز وجل: ﴿ومن قتل مظلومًا فقد جعلنا لوليه سلطانًا﴾[١]. ولأن رسول الله ﷺ أتاه رجل يقود آخر فقال: إن هذا قتل أخي فاعترف بقتله فقال النبي ﷺ: «اذهب فاقتله»[٢]. وإن لم يحسن الولي الاستيفاء أو لم يقدر عليه أمره بالتوكيل؛ لأنه عاجز عن استيفائه فيوكل فيه من يحسنه؛ لأنه قائم مقامه.

وإن احتاج الوكيل إلى أجرة فمن مال الجاني كالحد، ولأنها أجرة لإيفاء ما عليه من الحق فكانت لازمة له كأجرة الكيال، ويجوز اقتصاص جانٍ من نفسه برضا الولي ويكون نائبًا عنه كالأجنبي، وإن كان الحق في الاستيفاء لجماعة بأن كان الوارث اثنين فأكثر لم يجز أن يتولاه جميعهم لما فيه من تعذيب الجاني وتعدد أفعالهم وأمروا بتوكيل واحد منهم أو من غيرهم ليستوفي القصاص لهم، فإن تشاحوا وكان كل واحد منهم يحسن الاستيفاء قدم أحدهم بقرعة؛ لأنه لا مزية لأحدهم كما لو تشاحوا في تزويج موليتهم، لكن لا يجوز لمن خرجت له القرعة أن يستوفي حتى يوكله الباقون؛ لأن الحق لهم، فإن لم يتفقوا على التوكيل منع الاستيفاء حتى يوكلوا. وقال ابن أبي موسى - رحمه الله تعالى: إذا تشاحوا أمر الإمام مَنْ شاء باستيفائه[٣].

مذهب الظاهرية:

جاء في (المحلى): أن جميع الورثة يرثون الدية وليس العصبة فقط؛ لما روى عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه قال: تقسم الدية على ما يقسم عليه الميراث، ولما روى عن ابن المسيب أنه قال: قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه: ما أرى الدية إلا للعصبة؛ لأنهم يعقلون عنه فهل سمع أحد منكم في ذلك من رسول الله ﷺ شيئًا؟ فقال الضحاك بن سفيان الكلابي، وكان النبي ﷺ استعمله على الأعراب كتب إلى رسول الله ﷺ أن أورث امرأة أشيم الضبابي من دية زوجها فأخذ عمر بذلك[٤].

والحكم في القصاص والعفو عنه للأهل وهم الذين يعرف المقتول بأنه ينتمي إليهم وأن من أراد منهم القود سواء كان ولدًا أو ابن عم أو ابنة

---

(١) سورة الإسراء، آية: ٣٣.

(٢) سنن أبي داود، كتاب الصلاة، باب صلاة الطالب.

(٣) كشاف القناع: ٢/٣٥٧ - ٣٦٣، بتصرف وإيجاز.

(٤) سنن أبي داود، كتاب: الفرائض - باب في المرأة ترث من دية زوجها.

أو أختًا أو غير ذلك من أم أو زوج أو زوجة أو بنت عم أو عمة فالقود واجب ولا يلتفت إلى عفو من عفا ممن هو أقرب أو أبعد أو أكثر في العدد، فإن اتفق الورثة كلهم على العفو فلهم الدية حينئذٍ ويحرم الدم، فإن أراد أحد الورثة العفو عن الدية فله ذلك في حصته خاصة إذ هو مال من ماله.

فإن كان في أولياء المقتول غائب أو صغير أو مجنون فالقول قول من دعى إلى القود، فللكبير والحاضر العاقل أن يقتلا ولايُستأنا بلوغ الصغير ولا إفاقة المجنون ولا قدوم الغائب، فإن عفا الحاضرون البالغون لم يجز ذلك على الصغير ولا على الغائب ولا على المجنون، بل هم على حقهم في القود حتى يبلغ الصغير ويفيق المجنون، فإذا كان ذلك فإن طلب أحدهم القود قضى له به وإن اتفقوا كلهم على العفو جاز ذلك حينئذ، فإن مات الصغير أو الغائب أو المجنون كان حينئذ رجوع الأمر إلى من بقى من الورثة ومن مات من الأهل ومن يورث عنه الخيار؛ لأن الخيار للأهل بنص حكم رسول الله ﷺ فمن كان من الأهل فله الخيار، ومن لم يكن من الأهل فلا خيار له أصلاً؛ إذ لم يوجب ذلك نص ولا إجماع، والخيار ليس مالاً فيورث.

فإن كان الوارث صغيرًا أو مجنونًا أو غائبًا ولا وارث هنالك غيره فقد وجب القود بلا شك، ولا تجب الدية ولا المفاداة إلا برضى الوارث أو بتراضٍ منه ومن القاتل، وقد علمنا أن الصغير والأحمق لارضى لهما والقود حق قد وجب لهما بيقين فأخذه واجب على كل حال يأخذه لهما الولى أو السلطان، وهكذا الغائب، ولا فرق بين أخذ حظهم في القود وأخذ حظهم في الأموال، والعفو جائز والإبراء للغائب في كلا الأمرين جوازًا واحدًا؛ إذ كل ذلك حق له تركه، وكذلك القول في الصغير والمجنون سواء بسواء، وليس هذا قياسًا لكنه حكم واحد في حقين وجبا وجوبًا واحدًا، ووجب لمن يجوز أمره العفو عنهما سواء بسواء، وليس أحدهما أصلاً والثاني فرعًا بل هما أصلان معًا، ولا أحدهما منصوصًا عليه والآخر غير منصوص عليه، بل كلاهما منصوص عليه لوجوب الانتصاف من القود ومن المال.

وكذلك الحكم في عفو الأب عن جرح ابنه الصغير أو استقادته له أو في المجنون؛ لأن الله تعالى قال: ﴿العين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسن بالسن والجروح قصاص فمن تصدق به فهو كفارة له﴾[1]. وقال الله عز وجل: ﴿والحرمات قصاص﴾، وقال سبحانه وتعالى: ﴿وجزاء سيئةٍ سيئةٌ مثلها﴾[2]. فصح بهذه النصوص أن القود قد وجب ولابد، وأن العفو لا يصح إلا برضا المجنى عليه، والصبى والمجنون لارضا لهما ولا عفو ولا أمر نافذ بصدقة فسقط هذا الوجه وبقى الذى وجب بيقين من القود فيستقيد له أبوه أو وليه أو وصيه ولابد، فإن أغفل ذلك حتى بلغ الصبى وعقل المجنون كان له القود الذى قد وجب أخذه له بعد، وحدث له جواز العفو إن شاء، وليس للأب ولا للولى أخذ الدية ولا أن يفادى في شيء من الجروح؛ لأن كل هذا داخل على وجوب القود، والعفو لا يكون إلا برضا المجنى عليه أو بتراضٍ

(١) سورة المائدة، آية: ٤٥.
(٢) سورة الشورى، آية: ٤٠.

من الجانى والمجنى عليه.

ولو عفا الورثة أو أحدهم عن نصيبه من دية الخطأ قبل موت المقتول أو عفوا كلهم عن القود قبل موت المقتول فهو كله باطل.

وأما من جنى عليه جرح أو قطع أو كسر فعفا عنه فقط أو عفا عنه وعما يحدث عنه فعفوه عما يحدث منه باطل كما قدمنا؛ لأنه لم يجب لهم بعد، وأما عفوه عما جنى عليه فهو جائز وهو له لازم، وذلك لأنه قد وجب له القود فى الكسر أو المفاداة فى الجراحة.

ولو أن جانيًا جنى على إنسان جناية قد يعاش منها أو لا سبيل إلى العيش منها فقام ولى هذا المجنى عليه فقتل الجانى قبل موت المجنى عليه فلأولياء الجانى المقتول أن يقتلوا قاتل وليهم، ثم إن مات المجنى عليه فلا شىء فى ذلك؛ لأن كل جناية لم يمت صاحبها حتى مات الجانى فلا شىء فيها؛ لأن القود قد بطل بموته، وقد صار المال فى حياة المجنى عليه لغير الجانى وهم الورثة فهو مال من مالهم ولا حق له عندهم ولا مال للجانى أصلاً فجنايته باطل[1]، قال الله عز وجل: ﴿ولا تكسب كل نفس إلا عليها﴾[2].

مذهب الزيدية:

جاء فى (شرح الأزهار): أن لولى الدم من نسب أو سبب إذا علم الجناية علمًا يقينيًا ضروريًا بأحد طريقيه وهى المشاهدة للجناية الجامعة للشروط أو تواترها كذلك، أو لم يعلم علماً يقينيًا لكن حصل أحد طريقين وهما إما إقرار الجانى من لسانه ـ ومثله إشارة الأخرس ـ سواء كان فى حضرة الحاكم أو لا، أو حكم الحاكم عليه إما بإقراره أو بشهادة أو علم الحاكم، فمتى حصل لولى الدم أحد هذه الطرق الأربعة كان له أحد أمور ثلاثة هى: العفو على الدية، أو الصلح، أو القصاص. والأصل فى ذلك نحو حديث أبى شريح العدوى ﵁ أن رسول الله ﷺ قال: «من أصيب بقتل أو خبل[3] فإنه يختار إحدى ثلاث: إما أن يقتص، وإما أن يعفو، وإما أن يأخذ الدية، فإذا أراد الرابعة فخذوا على يديه»[4]، ثم تلا قول الله عز وجل: ﴿فمن اعتدى بعد ذلك فله عذاب أليم﴾[5].

أما الأمر الأول فهو أن يعفو الولى عن الجانى، وإذا عفا عن القود سقط بلا خلاف ووجب أن يستحق الدية ولا تسقط بالعفو عن القود لأنهما أمران مختلفان لا يدخل أحدهما تحت الآخر. هذا مذهبنا وأحد قولى المؤيد بالله، وفى قوله الآخر: إن الدية تسقط بسقوط القود، ومتى عفا الولى عن القود سقط القود وإن كره الجانى سقوطه وكان أحب إليه القصاص ولا تسقط الدية، فإذا عفا ولى دم القتل عن الجانى صح العفو واستحق الدية كاملة على الجانى، ولو وقع العفو بعد قطع عضو أو أكثر من الجانى ولا تسقط منها دية العضو الذى قد ذهب.

وأما الأمر الثانى فهو أن يصالح ولى الدم الجانى بما شاء ولو بدون الدية، أو بما هو فوقها.

---

(١) المحلى: ١٠/٤٧٤ ـ ٤٩١، بتصرف وإيجاز.

(٢) سورة الأنعام، آية: ١٦٤

(٣) الخبل: هو فساد الأعضاء.

(٤) سنن أبى داود، كتاب الديات، باب الإمام يأمر بالعفو فى الدم.

(٥) سورة البقرة، الآية: ١٧٨.

وأما الأمر الثالث فهو أن يقتص في القتل بضرب العنق فقط لقول رسول الله ﷺ: «لا قود إلا بالسيف»[1] وليس لولي المقتول أن يفعل بالجاني مثل ما فعل من طعن أو رضخ أو نحو ذلك. وهل يصح أن يوكل بقتل نفسه قصاصًا، أو لا يجوز؛ لأن الدفع عن النفس واجب؟ قيل: لا يبعد أن يجوز ذلك لأنه قد صار دمه مستحقاً ولامانع من توكيله بذلك. وقيل: لايصح.

فإن تعذر على المقتص الاقتصاص بالسيف إما لعدم آلة أو لخشية فوت الجاني فكيف ما أمكن المقتص أن يفعل جاز له من رميه بالسهم أو بالحجر أو العود أو غير ذلك؛ لأنه مستحق لإزهاق الروح لكن بلا تعذيب إن أمكن؛ لأن التعذيب منهي عنه، لقول رسول الله ﷺ: «لا تعذبوا خلق الله»[2]. ولا يجب على الولي أن يمهل الجاني بالقصاص إلا لأحد أمور: إما الوصية واجبة لا بالتبرع، فإذا طلب أن يمهل حتى يوصي وجب ذلك، أو لحضور غائب من الشركاء في القصاص، أو مضي عمره الطبيعي، أو لانتظار طلب ساكت من الشركاء هل يطلب القصاص لا بالتبرع، فإذا طلب أن يمهل حتى يوصي وجب ذلك، أو لحضور غائب من الشركاء في القصاص أو مضي عمره الطبيعي، أو لانتظار طلب ساكت من الشركاء هل يطلب القصاص أو يعفو، أو لبلوغ صغير حيث هو شريك في القصاص لينظر هل يطلب القصاص أم يعفو، وروى في (الكافي) عن أحمد بن عيسى أن للبالغ أن يقتص كما فعل الحسن ﵁ في قتل ابن ملجم ـ لعنه الله ـ وكان في ورثة أمير المؤمنين عليّ ﵁ من هو صغير[3].

(١) سنن الترمذي، كتاب الديات، باب ماجاء فيمن رضخ رأسه بصخرة.
(٢) صحيح البخاري، كتاب استتابة المرتدين والمعاندين، باب حكم المرتد والمرتدة واستتابتهم.
(٣) شرح الأزهار: ٤/٤٠٠-٤٠٢، بتصرف وإيجاز.

مذهب الإمامية:

جاء في (الروضة البهية): أنه يرث القصاص وارث المال مطلقاً إلا الزوجين لعموم آية أولي الأرحام، خرج منه الزوجان بالإجماع فيبقى الباقي، وقيل: ترثه العصبة، وهم الأب ومن تقرب به لا غير دون الإخوة والأخوات من الأم ومن يتقرب بها من الخئولة وأولادهم، وفي قول ثالث: يختص المنع بالنساء لرواية العباس عن الصادق ﵇ والأول أقوى.

ويجوز للولي الواحد المبادرة إلى الاقتصاص من الجاني من غير إذن الإمام لقول الله تعالى: ﴿فقد جعلنا لوليه سلطانًا﴾[4]، ولأنه حق، والأصل براءة الذمة من توقف استيفاء الحق على استئذان غير المستحق، وإن استأذنه فهو أولى لخطره واحتياجه إلى النظر وخصوصاً في قصاص الطرف؛ لأن الغرض معه بقاء النفس، ولموضع الاستيفاء حدود لا يؤمن من تخطيها لغيره، وذهب جماعة إلى وجوب استئذانه مطلقاً فيعزر لو استقل واعتُدَّ به[5].

وذكر صاحب (الخلاف): أن الزوجة لا ترث من القصاص شيئًا، وإنما القصاص يرثه الأولياء فإن قبلوا الدية كان لها نصيبها منها لإجماع الفرقة على ذلك[6].

وجاء في (الروضة البهية): أن وارثي القصاص إن كانوا جماعة توقف الاستيفاء على

(٤) سورة الإسراء، الآية: ٣٣.
(٥) الروضة البهية: ٣/٤١٥.
(٦) الخلاف في الفقه: ٢/٣٤٤.

إذنهم أجمع سواء كانوا حاضرين أم لا لتساويهم فى السلطان، ولاشتراك الحق فلا يستوفيه بعضهم، ولأن القصاص موضوع للتشفى، ولا يحصل بفعل البعض، وقال جماعة منهم الشيخ والمرتضى: للحاضر من الأولياء أن يستوفى القصاص من غير ارتقاب حضور الغائب ولا استئذانه، ويضمن المستوفى حصص الباقين من الدية لتحقق الولاية للحاضر فيتناوله العموم فى قوله تعالى: ﴿فقد جعلنا لوليه سلطانا﴾. ولبناء القصاص على التغليب، ومن ثم لا يسقط بعفو البعض على مال أو مطلقًا، بل للباقين الاقتصاص مع أن القاتل قد أحرز بعض نفسه فهنا أولى، ولو كان الولى صغيرًا وله أب أو جد لم يكن لوليه من الأب والجد أن يستوفيه إلى بلوغه؛ لأن الحق له ولا يعلم ما يريده حينئذ، ولأن الغرض التشفى ولايتحقق تعجيله قبله، وحينئذ فيحبس القاتل حتى يبلغ، وقال الشيخ وأكثر المتأخرين: يراعى المصلحة فإن اقتضت تعجيله جاز؛ لأن مصالح الطفل منوطة بنظر الولى، ولأن التأخير ربما استلزم تفويت القصاص وهو أجود، وفى حكم الصغير المجنون، ولو صالح بعض الأولياء القاتل على الدية لم يسقط القود عنه للباقين على الأشهر لا نعلم فيه خلافًا، ورواه الحسن بن محبوب عن أبى ولاد عن أبى عبدالله عليه السلام فى رجل قتل وله أب وأم وابن فقال الابن: أنا أريد أن أقتل قاتل أبى، وقال الأب: أنا أعفو، وقالت الأم: أنا آخذ الدية، قال: فليعط الابن لأم المقتول السدس من الدية ويعطى ورثة القاتل السدس الآخر حق الأب الذى عفا وليقتله، ويجوز للمحجور عليه للسفه والفلس أن يستوفى القصاص إذا كان بالغًا عاقلاً؛ لأن القصاص ليس بمال فلايتعلق به الحجر فيهما، ولأنه موضوع للتشفى وهو أهل له، ويجوز له أن يعفو عنه أيضًا، وأن يصالح على مال لكن لا يُدفع إليه. وفى جواز استيفاء ولى المقتول مديناً القصاص من دون ضمان الدين على الميت قولان أصحهما الجواز؛ لأن موجب العمد القصاص وأخذ الدية اكتساب وهو غير واجب على الوارث فى دين مورثه ولعموم الآية، وذهب الشيخ وجماعة إلى المنع استنادًا إلى روايات مع سلامة سندها لا تدل على مطلوبهم.

ويجوز التوكيل فى استيفاء القصاص؛ لأنه من الأفعال التى تدخلها النيابة؛ إذ لاتعلق لغرض الشارع فيه بشخص معين، فلو عزل الموكل الوكيل واقتص الوكيل ولما يعلم بالعزل فلا شىء عليه من قصاص ولا دية؛ لأن الوكيل لاينعزل إلا مع علمه بالعزل فوقع استيفاؤه موقعه، أما لو عفى الموكل فاستوفى الوكيل بعده قبل العلم فلا قصاص أيضًا لكن عليه الدية لمباشرته وبطلان وكالته بالعفو(١).

مذهب الإباضية:

جاء فى (شرح النيل): أن للجانى أن يقيد نفسه لابن قتيله أو لأبيه أو لهما لأنهما سواء، وقيل: الأب أولى، فلا يقيد للابن مع وجود الأب، ولواحد من أولياء تساووا فى قتيله أولهم أو لمتعدد منهم، وإن لم يتساووا فيه فليقد للأقرب إليه، وإن قاد لغيره هلك وأدرك الأقرب إليه الدية فى ماله، وقيل: لا، وهلك قاتله. وقيل: عصى. وكذا يقيد للجد وإن علا أو للابن، كما

(١) الروضة البهية: ٢/٤١٥ ـ ٤١٦، بتصرف وإيجاز.

يقيد للأب أو للابن لا مع الإخوة فإنه يقيد للجد لا للإخوه ولا يقيد للجد مع وجود الأب أو لجد تحته جد ولابن فوقه ابن، ولا يصح القود لعبد إذا قُتِلَ ولده أو أبوه أو نحوهما، ولا لطفل ونحوه وهو المجنون، وفى القود لامرأة خلاف، قيل: له أن يقيد لها لأنها ولية له، وقيل: لا يجوز أن يقيد لها. وهل يهلك إن قاد بهؤلاء؟ فيه تردد عند بعضهم، وجزم بعضهم بالهلاك[١].

وقد اختلفوا فيما يجب للولى، فقيل: يجب له القصاص، وقيل: تجب له الدية أو القصاص واحد لا بعينه، وفائدة هذا إذا عفا الولى وسكت ولم يطلب شيئًا ثم طلب الدية فعلى الأول له الدية، وعلى الثانى: لاشيء له، وإذا قال القاتل: هذه نفسى اقتل أو اترك ولا دية عندى، وقال الولى: إنما تعطى الدية، فقيل: يجبر عليها، والمذهب أن الخيار لولى الدم، والتخيير بين العفو والدية والقتل مختص بهذه الأمة[٢].

وإذا لم يكن للقتيل ولى قاد القاتل نفسه لإمام إن كان، فإن شاء قتله وإن شاء عفا عنه، وإن شاء أخذ منه الدية وأعطاها الفقراء المتولين وأجيز لغير المتولين، أو جعلها فى بيت المال لعز الإسلام، هذا إذا كان قد قتله فى دولة ذلك الإمام أى فى زمان إمامته وفى مملكته؛ لأن الإمام ولى من لا ولى له، فإن كان قتله قبل تولى ذلك الإمام أو فى غير مملكته لم يخير ولم يقبض الدية ولزمه القتل، وقيل: له أن يأخذ الدية.

ولا يحل لولى أن يقتل بعد طلب الدية، بل ليس له إلا الدية أو تركها، ولو كان لا يعطيه لفقره أو منعا للحق، وذاك إذا ذكر لفظ الدية أو ما يقوم مقامه كالدم، أو ذكر بعضها كنصف الدية أو ربعها، أما إذا طلب مالاً مطلقًا أو عددًا فوق الدية أو دونها ولم يذكر لفظ الدية أو ما يقوم مقامها ففيه قولان، قيل: له أن يقتل، وقيل: ليس له أن يقتل بل يأخذ الدية، وإن طلب عددها دنانير أو دراهم أو غيرهما كالإبل، ولم يذكر لفظ الدية أو بعضها أو ما يقوم مقامه، فقيل: طلبه كطلب الدية فلا يجد الرجوع إلى القتل، وقيل: هو كطلب المال فيجد القتل إن شاء[٣].

وجاز لولى قتيل قاتل قتيله وقتله ولو جهل الجانى أنه وليه. ولا يقتله الولى بنفسه، إلا إن شاهد قتله بتعدية أو أقر الجانى بقتله أو شهد عليه عدول وحكم بجنايته بعد تحاكم أو قال له قاضٍ أو إمام: حكمت عليه بها.

وتورث الجناية لعاصب فقط وخُير فى دية وعفو وقتل، ولا يرث الجناية من لا يرث العاصب. وإن تعدد الولى فأقاد الجانى لواحد فعفا عنه أو أخذ منه الدية كلها أو بعضها أو منابه قتل بالجانى قاتله من الأولياء بعد العفو، وأخذ الدية أو بعضها أو منابه وله منابه من الدية، وإن كان القاتل له غير العافى والآخذ إن علم ذلك القاتل له بفعله الولى الآخذ أو العافى، وإن لم يعلم بذلك فلا يقتل ولكنه تلزمه الدية، ولا يعفو الإمام أو القاضى أو الجماعة عن القاتل العافى ممن علم بالعفو[٤]؛ لقول رسول الله ﷺ: «لا أعفو عمن قتل بعد عفو»[٥].

(١) شرح النيل: ٨/١٥٤ ـ ١٥٥.
(٢) المرجع السابق: ٨/١٠٠ ـ ١٠١.
(٣) شرح النيل: ٨/١٨٢ ـ ١٨٣..
(٤) السابق: ٧/٦١٩ ـ ٦٢٢، بتصرف وإيجاز.
(٥) فتح البارى، باب مَنْ قُتِلَ له قتيل فهو بخير النظرين١٢/٢٠٩

رابعاً: الولاية فى الوقف :

مذهب الحنفية:

جاء فى (حاشية ابن عابدين): أن ولاية نصب القيم إلى الواقف ثم لوصيه لقيامه مقامه، فلو نصب الواقف عند موته وصيًا ولم يذكر من أمر الوقف شيئًا تكون ولاية الوقف إلى الوصى، ولو جعله على أمر الوقف فقط كان وصيًا فى كل شىء ـ وهو ظاهر الرواية ـ وهو الصحيح كما فى (التتارخانية)، خلافًا لأبى يوسف ـ رحمه الله تعالى ـ فعنده إذا قال له: أنت وصيى فى أمر الوقف فهو وصى فى الوقف فقط وهو قول هلال أيضاً. وفى (التتارخانية) أنه قول محمد ـ رحمه الله تعالى ـ أيضاً.

ولو جعل النظر لرجل ثم جعل آخر وصيًا كانا ناظرين ما لم يخصص بأن يقول: وقفت أرضى على كذا وجعلت ولايتها إلى فلان، وجعلت فلانًا وصيى فى تركاتى وجميع أمورى فحينئذٍ ينفرد كل منهما بما فوض إليه، ولعل وجهه أن تخصيص كل منهما بشىء فى مجلس واحد قرينة على عدم المشاركة، لكن فى (أنفع الوسائل) عن (الذخيرة)، أنه لو أوصى لرجل فى الوقف وأوصى إلى آخر فى ولده كانا وصيين فيهما جميعًا عند أبى حنيفة وأبى يوسف ـ رحمهما الله تعالى ـ فلو وُجِد كتابان لوقف فى كل منهما اسم متولٍ وتاريخ الثانى متأخر اشترك الاثنان فى الولاية، وذكر فى (أنفع الوسائل) عن الخصاف ـ رحمه الله تعالى ـ أنه إذا وقف أرضين كل أرض على قوم وجعل ولاية كل أرض إلى رجل ثم أوصى بعد ذلك إلى زيد فلزيد أن يتولى مع الرجلين، فإن أوصى زيد إلى عمرو فلعمرو مثل ما كان لزيد، ومن ذلك يتضح أنه جعل وصى الوصى بمنزلة الواقف حتى جعل له أن يشارك من جعل الواقف النظر له. وفى (أدب الأوصياء) عن (التتارخانية) أنه لو أوصى إلى رجل ومكث زمانًا ثم أوصى إلى آخر فهما وصيان فى كل وصاياه سواء تذكر إيصاءه إلى الأول أو نسى؛ لأن الوصى عندنا لا ينعزل ما لم يعزله الموصى حتى لو كان بين وصيتين مدة سنة أو أكثر لاينعزل الأول عن الوصاية.

هذا وطالب التولية لا يولى إلا من شرط له النظر لأنه مولى، وهو إنما يريد بطلبه تنفيذ ما ولى فيه. ثم إذا مات المشروط له بعد موت الواقف ولم يوص لأحد فولاية النصب للقاضى، إذ لا ولاية لمستحق إلا بتولية. وقيده فى (البحر) بقاضى القضاة. قال فى (الخيرية): وهو صريح فى أن نائب القاضى لايملك إبطال الوقف.

وما دام أحد يصلح للتولية من أقارب الواقف لايجعل المتولى من الأجانب لأنه أشفق، ومن قصد الواقف نسبة الوقف إليهم، ومفاده تقديم أولاد الواقف وإن لم يكن الوقف عليهم بأن كان على مسجد أو غيره، وإن أراد المتولى أن يقيم غيره مقامه فى حياته وصحته، فإن كان التفويض له عامًا صح، ولايملك عزله إلا إذا كان الواقف جعل له التفويض والعزل، وإن لم يكن التفويض له عامًا لا يصح، وإن كان فى مرض موته صح.

ولو لم يجعل الواقف ناظرًا فنصب القاضى له قيمًا لم يملك الواقف أن يخرجه، ولو عزل الناظر

نفسه فإن علم الواقف أو القاضي صح، إذ هو كالوكيل إذا عزل نفسه، وإن لم يعلم الواقف أو القاضي لم يصح. وفي (القنية): إن الناظر المشروط له النظر إذا عزل نفسه لا ينعزل إلا أن يخرجه الواقف أو القاضي[١].

وإذا جعل الواقف الولاية لنفسه جاز بالإجماع، كذا ذكره الزيلعي وقال: لأن شرط الواقف معتبر فيراعى، لكن الذي في القدوري أنه يجوز على قول أبي يوسف ـ رحمه الله تعالى ـ وهو قول هلال أيضًا، وفي (الهداية) أنه ظاهر الرواية.

وينزع وجوبًا من الولاية لو كان الواقف الذي تولى الوقف غير مأمون ـ وغير الواقف أولى ـ أو كان عاجزًا أو ظهر به فسق كشرب خمر ونحوه.

قال في (الإسعاف): ولا يولى إلا أمين قادر بنفسه أو بنائبه؛ لأن الولاية مقيدة بشرط النظر، وليس من النظر تولية الخائن؛ لأنه يخل بالمقصود، وكذا تولية العاجز؛ لأن المقصود لا يحصل به، ويستوي فيه الذكر والأنثى، وكذا الأعمى والبصير، وكذا المحدود في قذف إذا تاب لأنه أمين، والظاهر أن هذه شرائط الأولوية لا شرائط الصحة، وأن الناظر إذا فسق استحق العزل، ولا ينعزل كالقاضي إذا فسق لا ينعزل على الصحيح المفتى به، ويشترط للصحة بلوغه وعقله، لا حريته وإسلامه؛ لما في (الإسعاف) من أنه لو أوصى إلى صبي تبطل في القياس مطلقًا، وفي الاستحسان هي باطلة ما دام صغيرًا، فإذا كبر تكون الولاية له.

(١) حاشية ابن عابدين: ٣/٤٢٢ ـ ٤٢٥، بتصرف وإيجاز.

وأما الإسناد للصغير فلا يصح بحال لا على سبيل الاستقلال بالنظر، ولا على سبيل المشاركة لغيره؛ لأن النظر على الوقف من باب الولاية، والصغير يولى عليه لقصوره فلا يصح أن يولى على غيره[٢].

وإذا لم يشترط الواقف استبدال الوقف لنفسه أو غيره لم يجز استبداله إلا من قاضي الجنة[٣] المفسر بذي العلم والعمل، لئلا يحصل التطرق إلى إبطال أوقاف المسلمين، ويشترط لجواز ذلك من هذا القاضي أن يخرج الوقف عن الانتفاع بالكلية، وأن لا يكون هناك رَيع للوقف يُعمَّر به، وأن لايكون البيع بغبن فاحش .. وأفاد في (البحر) زيادة شرط آخر وهو أن لايبيعه ممن لا تقبل شهادته له ولا ممن له عليه دين، وكذا إذا اشترط عدم استبداله[٤]. وهذه إحدى المسائل السبع التي يخالف فيها ولي الوقف شرط الواقف.

وليس للقاضي أن يقرر وظيفة حادثة لم يشرطها الواقف، أما لو قرر في وظيفة مشروطة جاز إلا إذا شرط الواقف التقرير للمتولي، ولا يحل للمقرر الأخذ إلا النظر على الوقف بأجر مثله. هذا إذا لم تدع إلى إحداث الوظيفة ضرورة، أما ما دعت إليه الضرورة واقتضت المصلحة فيرفع إلى القاضي ويثبت عنده الحاجة فيقرر من يصلح لذلك، ويقدر له أجر مثله أو يأذن للناظر في ذلك، لكن في (الذخيرة): ليس

(٢) المرجع السابق: ٣/٣٩٦ ـ ٣٩٨، بتصرف وإيجاز.

(٣) يشير إلى حديث بُريدة بن الحصيب ﷺ أن رسول الله ﷺ قال: «القضاة ثلاثة: واحد في الجنة، واثنان في النار، فأما الذي في الجنة فرجل عرف الحق فقضى به، .. الحديث»، والحديث رواه أبو داود في كتاب الأقضية، باب في القاضي يخطئ، وهو عند الترمذي وابن ماجه.

(٤) حاشية ابن عابدين: ٣/٤٠٠ ـ ٤٠١.

للقاضى أن يقرر فراشًا فى المسجد بلا شرط الواقف. ويجوز للقاضى أن يزيد على معلوم الإمام إذا كان لا يكفيه وكان عالمًا تقيًا، ويلحق بالإمام فى ذلك كل من فى قطعه ضرر إذا كان المعين لايكفيه كالناظر والمؤذن والخطيب ونحوهم إذا لم يعملوا بدون الزيادة.

وليس للقاضى أن يعزل الناظر بمجرد شكاية المستحقين حتى يثبتوا عليه خيانة، نعم له أن يدخل معه غيره بمجرد الشكاية والطعن.

ولاتجوز الاستدانة على الوقف إلا إذا احتيج إليها لمصلحة الوقف، ولابد منها كتعمير وشراء بذر فيجوز بشرطين: الأول منهما: إذن القاضى إن لم يكن بعيدًا عنه؛ لأن ولايته أعم فى مصالح المسلمين، فإن كان بعيدًا عنه جاز أن يستدين بنفسه، وقيل: تجوز الاستدانة مطلقًا للعمارة، أما ما له منه بد كالصرف على المستحقين فلا يجوز ـ كما فى (القنية) ـ إلا الإمام والخطيب والمؤذن فيما يظهر، وإلا للحصر والزيت بناءً على القول بأنهما من المصالح وهو الراجح. والثانى منهما: أن لا تتيسر إجارة العين والصرف من أجرتها[١].

ولو ادعى المتولى الدفع قُبِلَ قولُه بلا يمين خلافًا لما فى (البحر) من أنه إذا آجر الواقف أو قيمه أو وصيه أو أمينه ثم قال: قبضت الغلة فضاعت أو فرقتها على الموقوف عليهم وأنكروا، فالقول له مع يمينه، بل نقل فى (الحامدية) عن المفتى أبى السعود أنه أفتى بأنه إن كان مفسدًا مبذرًا لا يقبل قوله بصرف مال الوقف بيمينه. وفيها: القول فى الأمانة قول الأمين مع يمينه إلا أن يدعى أمرًا يكذبه الظاهر فحينئذ تزول الأمانة وتظهر الخيانة فلا يصدق وعلى هذا لو ظهرت خيانة ناظر لايصدق قوله ولو بيمينه وهى كثيرة الوقوع[٢].

ولو شرط الواقف النظر للأرشد فالأرشد من أولاده فاستويا اشتركا فيه، لأن أفعل التفضيل ينتظم الواحد والمتعدد وهو ظاهر. وفى (النهر) عن (الإسعاف): لو شرطه لأفضل أولاده فاستويا فلأسنهم، ولو كان أحدهما أورع والآخر أعلم بأمور الوقف فهو أولى إذا أمن خيانته، ومثله ما لو استويا فى الديانة والسداد والفضل والرشاد فالأعلم بأمر الوقف أولى، وكذا لو شرطه لأرشدهم فيقدم بعد الاستواء فيه الأسن ولو أنثى والأعلم بأمور الوقف، وأفتى فى (الإسماعيلية) بتقديم الرجل على الأنثى والعالم على الجاهل. وفى (البحر) عن (الإسعاف) أنه لو قال: الأفضل فالأفضل. فأبى الأفضل القبول أو مات يكون لمن يليه على الترتيب، وقال هلال: القياس أن يدخل القاضى بدله رجلاً ما دام حيًا فإن مات صارت الولاية لمن يليه فى الفضل.

ولو ضم القاضى إلى القيم ثقة ـ أى ناظر حسبة ـ فهل للأصيل أن يستقل بالتصرف؟ لم أره، وأفتى الشيخ أنه إن ضم إليه لخيانة لم يستقل وإلا فله ذلك، وليس للمشرف التصرف بل له الحفظ؛ لأن التصرف فى مال الوقف مفوض إلى المتولى، لكن قال فى (الفتح): وهذا يختلف بحسب العرفـفى معنى المشرف، ومقتضاه أنه لو تعورف على أن يكون تصرف المشرف مع المتولى اعتبر[٣]. وليس للمتولى أن يأخذ زيادة

(١) حاشية ابن عابدين: ٣/٤٣٠ ـ ٤٣٢، بتصرف وإيجاز.

(٢) المرجع السابق: ٣/٤٣٨.

(٣) المرجع نفسه: ٣/٤٤٣ ـ ٤٤٤، بإيجاز.

على ما قرر له الواقف أصلاً، ويجب صرف جميع ما يحصل من نماء وعوائد شرعية وعرفية لمصارف الوقف الشرعية، ويجب على الحاكم أن يأمر المرتشى برد الرشوة عل الراشى[١].

مذهب المالكية:

جاء فى (حاشية الدسوقى) على (الشرح الكبير): أنه إذا اشترط الواقف أن يكون فلان ناظر وقفه وجب اتباع شرطه ولا يجوز العدول عنه إلى غيره، وليس لهذا الناظر أن يوصى بالنظر لغيره إلا أن يجعل له الواقف ذلك، وحيث لم يكن له إيصاء به فإن مات الناظر والواقف حى جعل النظر لمن شاء، فإن مات الواقف فوصيه إن وجد وإلا فالحاكم.

وإذا عين الواقف ناظرًا جاز له أن يعزل نفسه فيولى صاحبه من شاء إن كان حيًا وإلا فوصيه إن كان وإلا فالحاكم، فإن لم يجعل ناظراً فإن كان المستحق معينًا رشيدًا فهو الذى يتولى أمر الوقف، وإن كان غير رشيد فوليه، وإن كان المستحق غير معين كالفقراء فالحاكم يولى عليه من شاء ويجعل له أجرة من ريعه، وكذا إذا كان الوقف على نحو مسجد فإن الحاكم يولى عليه من شاء ممن يرتضيه إن لم يكن الواقف حيًا لا وصى له.

وذكر البدر القرافى ـ رحمه الله تعالى ـ أن القاضى لا يعزل ناظرًا إلا بجنحة وللواقف أن يعزله ولو بغير جنحة، وفيه أيضًا: أن للقاضى أن يجعل للناظر شيئًا من الوقف إذا لم يكن له شيء، وإفتاء ابن عتاب ـ رحمه الله تعالى ـ بأن الناظر لا يحل له أن يأخذ شيئًا من غلة الوقف بل يأخذ من بيت المال إلا إذا عين الواقف له شيئاً ضعيفًا.

ولو التزم الناظر حين أخذ النظر أن يصرف على الوقف من ماله إن احتاج لم يلزمه ذلك وله الرجوع بما صرفه، وله أن يقترض لمصلحة الوقف من غير إذن الحاكم ويصدق فى ذلك. ولو شرط الواقف أن يبدأ من غلة الوقف بمنافع أهله ويترك إصلاح ما تهدم منه أو يترك الإنفاق عليه إذا كان حيوانًا بطل شرطه وتجب البداءة بمرمته والنفقة عليه من غلته لبقاء عينه.

ويباع كل حبس لاينتفع به فيما حبس فيه، وإن كان ينتفع به فى غيره من غير عقار، وذلك كفرس يكلب[٢] وثوب يخلق، وعبد يهرم، وكتب علم تبلى[٣].

وجاء فى (شرح منح الجليل): وبطل الوقف إن وقف المالك ملكه على نفسه وحده، بل ولو وقف على نفسه بشريك، كوقفت على نفسى وعلى فلان، فهو باطل على المشهور. وقال ابن شعبان: يصح عليهما ... ويبطل الوقف أيضًا إن وقف على غيره وشرط النظر له، وهو باطل إذا لم يكن الموقوف عليه محجوراً له وإلا فلا يبطل لأنه الذى يحوز لمحجوره ويتصرف له[٤].

مذهب الشافعية:

جاء فى (مغنى المحتاج): أنه إن شرط الواقف النظر على وقفه لنفسه أو غيره واحداً كان أو أكثر اتُبع شرطه سواء فوضه له فى حال حياته أم أوصى به: لأنه المتقرب بالصدقة فيتبع شرطه كما يتبع فى مصارفها وغيرها.

---

(١) حاشية ابن عابدين: ٣/٤٣٩ ـ ٤٤٠.

(٢) يكلب أى يصيبه داء الكلب. انظر: المعجم الوسيط: ٢/٧٩٤ مادة (كلب).

(٣) الشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه: ٤/٨٨ ـ ٩١، بتصرف وإيجاز.

(٤) شرح منح الجليل: ٤/٤٧ ـ ٤٨.

ولو جعل ولاية وقفه لفلان فإن مات فلفلان جاز، وقد كان عمر يلى أمر صدقته ثم جعله إلى حفصة ـ رضى الله تعالى عنها ـ تليه ما عاشت ثم يليه أولو الرأى من أهلها، ولقبول المشروط له النظر حكم قبول الوكيل بجامع اشتراكهما فى التصرف وفى جواز الامتناع منهما بعد قبولهما فلا يشترط قبوله لفظًا، وإن لم يشرطه لأحد فالنظر للقاضى على المذهب لأن له النظر العام فكان أولى بالنظر فيه؛ ولأن الملك فى الوقف لله تعالى، والطريق الثانى ينبنى على أقوال الملك والخلاف فى (الروضة) كأصلها وجهان.

وشرط الناظر العدالة وإن كان الوقف على معينين رشداء؛ لأن النظر ولاية كما فى الوصى والقيم. قال السبكى ـ رحمه الله تعالى ـ : ويعتبر فى منصوب الحاكم العدالة الباطنة، وينبغى أن يكتفى فى منصوب الواقف بالظاهرة كما فى الأب، وإن افترقا فى وفور شفقة الأب، وخالف الأذرعى فاعتبر فيه الباطنة أيضًا، والأول أوجه.

وشرطه أيضًا الكفاية وفسرها فى (الذخائر) بقوة الشخص وقدرته على التصرف فيما هو ناظر عليه، فإن اختلت إحداهما نزع الحاكم الوقف منه.

ولو كان له النظر على مواضع فأثبت أهليته فى مكان ثبت فى باقى الأماكن من حيث الأمانة ولا يثبت من حيث الكفاية إلا إن ثبتت أهليته فى سائر الأوقاف، قاله ابن الصلاح.

ولا يتصرف الناظر إلا على وجه النظر والاحتياط؛ لأنه ينظر فى مصالح الغير فأشبه ولى اليتيم. ووظيفته عند الإطلاق أو تفويض جميع الأمور العمارة والإجارة وتحصيل الغلة وقسمتها على مستحقيها وحفظ الأصول والغلات على الاحتياط؛ لأنه المعهود فى مثله فإن فوض إليه بعض هذه الأمور لم يتعده اتباعاً للشرط كالوكيل.

ولو شرط الواقف للناظر شيئًا من الريع جاز، وإن زاد على أجرة مثله كما صرح به الماوردى، بخلاف ما لو كان النظر له وشرط لنفسه فإنه لا يزيد على أجرة المثل فإن لم يذكر الواقف للناظر أجرة فلا أجرة له على الصحيح كالغسال ونحو، فلو رفع الناظر الأمر إلى الحاكم ليقرر له أجرة فهو كما إذا تبرم الولى بحفظ مال الطفل فرفع الأمر إلى القاضى ليثبت له أجرة، ولو ادعى متولى الوقف صرف الريع للمستحقين فإن كانوا معينين فالقول قولهم ولهم مطالبته بالحساب، وإن كانوا غير معينين فهل للإمام مطالبته بالحساب أو لا؟ وجهان حكاهما شريح فى أدب القضاء أوجههما الأول ويصدق فى قدر ما أنفقه عند الاحتمال فإن اتهمه الحاكم حلفه، والمراد ـ كما قال الأذرعى ـ إنفاقه فيما يرجع إلى العادة، وفى معناه الصرف إلى الفقراء ونحوهم من الجهات العامة بخلاف إنفاقه على الموقوف عليه المعين فلا يصدق فيه لأنه لم يأتمنه، ولو فوض الواقف النظر لاثنين لم يستقل أحدهما بالتصرف ما لم ينص عليه، ولو جعل النظر لعدلين من أولاده وليس فيهم إلا عدل نصب الحاكم آخر وإن شرطه للأرشد من أولاده فالأرشد فأثبت كل منهم أنه الأرشد اشتركوا فى النظر بلا استقلال إن وجدت الأهلية فيهم؛ لأن الأرشدية قد سقطت بتعارض البينات فيما ...

أصل الرشد، وإن وجدت الأرشدية في بعض منهم اختص بالنظر عملاً بالبينة، ويدخل في الأرشد من أولاد أولاده الأرشد من أولاد البنات لصدقه به، وللواقف الناظر عزل من ولاه النظر ونصب غيره مكانه كما يعزل الموكل وكيله وينصب غيره، وكان المتولى نائبًا عنه، أما غير الناظر فلا يصح منه تولية ولا عزل بل هي للحاكم.

وللواقف عزل من ولاه الناظر إلا أن يشرط الواقف لشخص نظره حال الوقف فليس له عزله ولو لمصلحة؛ لأنه لا تغيير لما شرطه كما ليس لغيره ذلك، ولأنه لا نظر له حينئذ، وليس له عزل من شرط تدريسه أو فوض إليه حال الوقف ولو لمصلحة كما لو وقف على أولاده الفقراء لا يجوز تبديلهم بالأغنياء، بخلاف من جعل له ذلك بعد تمام الوقف فإن له عزله كما نقله الشيخان من فتاوى البغوى وأقراه لكن ينبغى ـ كما قال شيخنا ـ تقييده في تفويض التدريس بما إذا كانت جنحة، ولو عزل الناظر بالشرط نفسه أو فسق فتولية غيره إلى الحاكم لا إلى الواقف، إذ لا نظر له بعد أن جعل النظر في حال الوقف لغيره، وإذا أجر الناظر العين الموقوفة على غيره مدة بأجرة مثله فزادت الأجرة في المدة أو ظهر طالب بالزيادة عليها لم ينفسخ العقد في الأصح، لأن العقد قد جرى بالغبطة في وقته فأشبه ما إذا باع الولى مال الطفل ثم ارتفعت القيم بالأسواق أو ظهر طالب بالزيادة، والثاني ينفسخ إذا كان للزيادة وقع والطالب ثقة لتبين وقوعه على خلاف الغبطة، أما إذا أجر العين الموقوفة عليه فإنه يصح قطعًا ولو بدون أجرة المثل.

وللناظر الاقتراض في عمارة الوقف بإذن الإمام[1].

مذهب الحنابلة:

جاء في (المغنى): أنه ينظر في الوقف من شرطه الواقف؛ لأن عمر رضي الله عنه جعل وقفه إلى حفصة ـ رضى الله تعالى عنها ـ تليه ما عاشت ثم إلى ذوى الرأى من أهلها[2]، ولأن مصرف الوقف يتبع فيه شرط الواقف فكذلك الناظر فيه، فإن جعل النظر لنفسه جاز، وإن جعله إلى غيره فهو له، فإن لم يجعله إلى أحد أو جعله لإنسان فمات نظر فيه الموقوف عليه؛ لأنه ملكه ونفعه له فكان نظره إليه كملكه المطلق، ويحتمل أن ينظر فيه الحاكم؛ اختاره ابن أبى موسى ـ رحمه الله تعالى.

ومتى كان النظر للموقوف عليه إما بجعل الواقف ذلك له؛ أو لكونه أحق بذلك عند عدم ناظر سواه، أو كان واحدًا مكلفًا رشيدًا فهو أحق بذلك رجلاً كان أو امرأة، عدلاً كان أو فاسقًا؛ لأنه ينظر لنفسه فكان له ذلك في هذه الأحوال كملكه المطلق، ويحتمل أن يضم إلى الفاسق أمين، حفظًا لأصل الوقف عن البيع والتضييع، وإن كان الوقف لجماعة رشيدين فالنظر للجميع لكل إنسان في حصته، فإن كان الموقوف عليه صغيرًا أو مجنونًا أو سفيهًا قام وليه في النظر مقامه كملكه المطلق، وإن كان النظر لغير الموقوف عليه بتولية الواقف أو الحاكم أو لبعض الموقوف عليهم لم يجز أن يكون إلا أمينًا، فإن لم يكن أمينًا لم تصح ولايته إن كانت من الحاكم وأزيلت يده، وإن ولاه الواقف وهو فاسق أو كان عدلاً ففسق ضم

(١) مغنى المحتاج: ٢/٣٦٤ ـ ٣٦٧، بتصرف وإيجاز.

(٢) سبق تخريجه.

إليه أمين لحفظ الوقف ولم تزل يده، لأنه أمكن الجمع بين الحقين، ويحتمل أن لا تصح تولية الفاسق، وينعزل إذا فسق؛ لأنها ولاية على حق غيره فنافاها الفسق[1].

ولا يجوز بيع الوقف ولا هبته، لقول رسول الله (في حديث عمر): «**غير أنه لا يباع أصلها ولا يبتاع ولا يوهب ولا يورث**»[2]. فإن تعطلت منافعه بالكلية كدار انهدمت أو أرض خربت وعادت مواتًا لا يمكن عمارتها، أو مسجداً انتقل أهل القرية عنه وصار في موضع لايصلى فيه، أو ضاق بأهله ولم يمكن توسيعه في موضعه: فإن أمكن بيع بعضه ليعمر به بقيته جاز بيع البعض، وإن لم يمكن الانتفاع بشيء منه بيع جميعه[3].

مذهب الظاهرية:

جاء في (المحلى): ومن حبس داره أو أرضه ولم يسبل على أحد فله أن يسبل الغلة ما دام حيًا على من شاء؛ لقول رسول الله (: «**وسبل الثمرة**»[4]. فله ذلك ما بقي، فإن مات ولم يفعل كانت الغلة لأقاربه وأولى الناس به حين موته، وكذلك من سبل وحبس على منقطع فإذا مات المسبَّل عليه عاد الحبس على أقرب الناس بالمحبس يوم المرجع.

ومن حبس وشرط أن يباع إن احتيج صح الحبس لما ذكرنا من خروجه بهذا اللفظ إلى الله تعالى وبطل الشرط؛ لأنه شرط ليس في كتاب الله تعالى، وهما فعلان متغايران إلا أن يقول: لا أحبس هذا الحبس إلا بشرط أن يباع، فهذا لم يحبس شيئاً؛ لأن كل حبس لم ينعقد إلا على بـ... لم ينعقد أصلاً[5].

مذهب الزيدية:

جاء في (شرح الأزهار): أن من وقف شيئاً كانت ولاية ذلك الوقف إلى الواقف؛ مجازاة له على بره، وأما ورثة الواقف فلا ولاية لهم خلاف المؤيد بالله في أحد قوليه، وقيل: لا ولاية لهم إلا فيما أوصى بوقفه بعد موته، وليس لأحد أن يعترضه، ثم تكون ولاية الوقف إلى منصوب الواقف وصياً أو ولياً، فإذا نصب الواقف والياً على الوقف أو أوصى به إلى أحد المسلمين كان أولى بالتصرف، ثم إذا كان الواقف غير باق أو بطلت ولايته بوجه من الوجوه ولم يكن له وصي ولامتول من جهته انتقلت الولاية إلى الموقوف عليه ووارثه إذا كان آدمياً، ولو متعدداً منحصراً معيناً يصح تصرفه.

ثم إذا لم يكن ثَمَّ واقف ولامنصوب من جهته ولاموقوف عليه معين يصح تصرفه كانت الولاية إلى الإمام والحاكم، ولايجوز للإمام والحاكم أن يعترضا من له ولاية الوقف من واقف أو منصوبه أو موقوف عليه معين إلا لخيانة تظهر منهم، وخيانة الواقف والمنصوب واضحة، وأما خيانة الموقوف عليه فإنما تكون بأن يحاول بيع الوقف أو نحو ذلك، أو يكون المتولي غير خائن إلا أنه ربما عجز عن القيام بما يتوجه، فإن الإمام والحاكم يعترضان له بإقامة من يعينه ولايعزل، ويكون وكيلاً لا ولياً وقيل العكس.

(١) الشرح الكبير مع المغني: ٦/٢١٣ ـ ٢١٤، بتصرف وإيجاز.
(٢) صحيح البخاري، كتاب الوصايا، باب الوقف كيف يكتب.
(٣) الشرح الكبير مع المغني: ٦/٢٤٢.
(٤) أخرجه: البخاري كتاب الشروط باب الشروط في الوقف، ومسلم كتاب الوصية باب الوقف.

(٥) المحلى: ٩/١٨٢ ـ ١٨٣.

وتعتبر العدالة فى متولى وقف فلو كان فاسقاً أو غير عدل لم تصح ولايته على الأصح من القولين، وهذا إذا كان متولياً من غيره نحو أن يوليه الإمام أو الحاكم أو الواقف، فإنه لايصح إذا كان فاسقاً، وقال المؤيد بالله: يصح تولية الفاسق إذا كان أميناً، أما لو كان الواقف فاسقاً فإنه يصح وقفه، قال ﷺ: يحتمل أن لاتبطل ولايته لأجل الفسق؛ لأن ولايته أصلية فأشبه الأب والجد، ويحتمل أن تبطل كالإمام فإن من شرطه العدالة[١].

ويجوز للمتولى البيع والشراء لمصلحة، وإذا اتهم فى عدم المصلحة فى البيع والشراء وجبت البينة عليه فى تعيين تلك المصلحة إن نوزع فيها، وأوعى أنه لامصلحة فى ذلك البيع أو الشراء.

ويجوز له معاملة نفسه بلا عقد بأن يأخذ من غلة الوقف، ويعطى كما له أن يبيع من الغير للوقف ويشترى له، ونحو أن يزرع الأرض لنفسه بنية ضمان أجرتها، ويجوز أن يستقرض من نفسه بذراً للوقف ليأخذ عوضه، وليس له أن يأخذ المثلى فى وقت غلاه بمثله فى وقت رخصه بل يتحرى على الأصلح.

ويجوز له أن يصرف فى نفسه إذا كان مستحقًا ويكون سراً لئلا يتهم، وهذا حيث كان متولياً على التصرف لاعلى القبض، وهذا حيث كان غير الواقف إذا لم يدخل نفسه، ويجوز له أن يصرف غلة الوقف فى واحد من المستحقين أو أكثر من واحد حسب مايراه من الصلاح ومطابقة قصد الواقف[٢].

ويجوز لمتولى الوقف أن يؤجره مدة معلومة لكن لايكون إلا دون ثلاث سنين؛ لأن خلاف ذلك يؤدى إلى اشتباه الوقف بالملك.

ولايجوز له أن يبيع شيئاً تعلق بما تولاه بثمن المثل مع وقوع الطلب ـ حال البيع وقبله لابعده ـ من غير المشترى بالزيادة على ثمن المثل إلا أن يبيع بالدون أو بثمن المثل لمصلحة بأن يكون الطالب كثير المطل فله أن يبيع بالدون، فإن باع كان البيع فاسداً لأنه قد خان، فبطلت ولايته فى ذلك، فأما لو لم تقع المطالبة من الغير لكن غلب فى ظن المتولى أنه لو أشهر بيع هذا الشىء حصل فيه من الثمن أكثر، قال المؤيد بالله: يصح البيع ويكره له. فقال أبو العباس: هو على ظاهر، والكراهة للحظر.

ولايجوز له أن يتبرع بالبذر حيث الغلة مصروفة عن حق واجب على الواقف؛ لأن التبرع فى حقوق الله تعالى لايصح.

ويجوز له أن يصرف غلة الوقف فى إصلاحه إن كان فيه خلل، وله بيع بعض منه؛ لإصلاح بعض ـ وقيل: إن اتحد الواقف والوقف والمصرف ـ ثم مافضل صرفه المتولى فى مصارفه[٣].

مذهب الإمامية:

جاء فى (الروضة البهية): أنه يجوز للواقف أن يجعل النظر على الموقوف لنفسه ولغيره، فإن أطلق ولم يشرطه لأحد، فالنظر فى الوقف العام إلى الحاكم الشرعى، وفى غيره وهو الوقف على معين إلى الموقوف عليهم، والواقف مع الإطلاق كالأجنبى.

ويشترط فى المشروط له النظر: العدالة

(١) شرح الأزهار: ٣/٤٨٨ ـ ٤٩١، بتصرف وإيجاز.
(٢) المرجع السابق: ٣/٤٩٤ ـ ٤٩٦، بتصرف وإيجاز.
(٣) السابق: ٣/٤٩٤ ـ ٥٠٠، بتصرف وإيجاز.

والاهتداء إلى التصرف، ولو عرض له الفسق انعزل، فإن عاد عادت إن كان مشروطاً من الواقف، ولايجب على المشروط له أن يقبل، ولو قبل لم يجب عليه أن يستمر؛ لأنه فى معنى التوكيل، وحيث يبطل النظر يصير كما لولم يشترط. ووظيفة النظر مع الإطلاق: العمارة والإجارة وتحصيل الغلة وقسمتها على مستحقها، ولو فوض إليه بعض ذلك لم يتعده، ولو جعل الوقف إلى اثنين، وأطلق لم يستقل أحدهما بالتصرف.

وليس للواقف عزل المشروط فى العقد، وله عزل المنصوب من قبله لو شرط النظر لنفسه فولاه؛ لأنه وكيل. ولو أجر الناظر مدة فزادت الأجرة فى المدة أو ظهر طالب بالزيادة لم ينفسخ العقد؛ لأنه جرى بالغبطة فى وقته، إلا أن يكون فى زمن خياره فيتعين عليه الفسخ. ثم إن شرط الواقف شيئاً للناظر وعوضاً عن عمله لزم، وليس له غيره، وإن لم يشرط فله أجرة المثل عن عمله مع قصد الأجرة به[١].

مذهب الإباضية:

جاء فى (شرح النيل): أن مال اليتيم والغائب والمجنون والمسجد ومال الوقف والزكاة والأمانة والوديعة: عمله فيما يصلح له[٢].

وجاء فى موضع آخر: ويُرد ماجعل للمسجد أو أوصى له به لغيره من المساجد إن خرب. وقيل: لا، بل يوقف إلى عمارته يوماً ما، وذكر بعضهم أنه يرد لأقرب مسجد إليه؛ لأن المساجد تتوارث إن خلا المنزل؛ ولم يبق فيه أحد، والظاهر أنه إن جعل فى غير الأقرب أجزأ كما يدل عليه إطلاق المصنف بواسطة تعليل الشيخ بأن المساجد كلها له، والظاهر رد الثمار فقط دون أن يباع الأصل، اللهم إلا إن كان لايستنفع به إن لم يبع، وكذا يرد للمسجد ماتعطل مصرفه من الأوقاف وعُدِمَ ولم يُرجَ، سواء كان الوقف المعطَّل مصرفه أيضاً أو دارًا أو شجرًا أو غير ذلك[٣].

وجاء أيضاً: وخليفة اليتيم أو المجنون أو الغائب أو المسجد أو الوقف أو غيرهم لا يقبل الإحالة فى دَيْنِهم الذى لهم، ولافى دينهم الذى عليهم، فإن فعل فإنها تثبت ولاتبطل كما ذكره بعض ذلك فى (الديوان) والذى عندى أنه لاكراهة فى ذلك إذا كان مصلحة فإن عملهم فيما يصلح، والحوالة بيع، وقد صح البيع المطلق بنظر المصلحة فلتُجزّ الحوالة بالمصلحة، بأن يكون الذى عليه دين لليتيم أو غيره ممن ذكر فقيراً أو مفلساً، أو قليل مال، أو مماطلاً، أو غاشاً ضاراً، أو جائراً، أو مخوفاً منه، أو ينكر كلاً أو بعضاً، أو متهماً بالهروب ولايقدر على إمساكه أو على الجبر بالكفيل أو نحو ذلك، فأحال على غنىٍّ وفىٍّ، أو الذى له على اليتيم أو من ذكر جائرًا أو مخوفًا منه يزيد مالم يكن له، أولايطلب برفق أو فيه مضرة تلحق هؤلاء، فإن عقد الإحالة فى ذلك صواب يُندب إليه، بل تركها كتضييع المال؛ لأنه يؤدى إليه، ولو لم يكن كالتضييع من كل وجه، وقد قال رسول الله ﷺ «ومن أحيل على ملىء فليحل»[٤]. وقال الله تعالى: ﴿ويسألونك عن اليتامى قل

(١) الروضة البهية : ١٧٨/٣ وما بعدها.
(٢) شرح النيل : ٩٦/٥ ومابعدها.
(٣) المرجع السابق: ٩٦/٢، ومابعدها.
(٤) أخرجه البخارى كتاب الحوالة، باب الحوالة وهل يرجع فى الحوالة، ومسلم كتاب المساقاة، باب تحريم مطل الغنى.

إصلاح لهم خير﴾[١]. وأما أن يرد الخليفة مال من استخلف عليه لنفسه بالإحالة فلايجوز، وجاز العكس، وأن يحيل ماله على نحو اليتيم على من لنحو اليتيم عليه كما قال[٢].

وجاء فى موضع آخر: وجعل عبدالله بن عمر - رضى الله عنهما - نصيبه من دار أبيه عمر سكنى لذوى الحاجة من آل عبدالله. واستدل البخارى بذلك على جواز اشتراط الواقف لنفسه منفعة من وقفه وهو مقيد بما إذا كانت المنفعة عامة كالصلاة فى بقعة جعلها مسجداً، والشرب من بئر وقفها، وكتاب وقفه على المسلمين للقراءة فيه. والفرق بين العامة والخاصة أن العامة عادت إلى ماكانت عليه من الإباحة بخلاف الخاصة[٣].

خامساً: الولاية فى غسل الميت والصلاة عليه

مذهب الحنفية:

جاء فى (بدائع الصنائع): أن الجنس يغسل الجنس، فيغسل الذكرُ الذكر والأنثى تغسل الأنثى؛ لأن حل المس من غير شهوة ثابت للجنس حالة الحياة، فكذا بعد الموت، وسواء كان الغاسل جنباً أو حائضاً، لأن المقصود وهو التطهير حاصل، فيجوز ...

ولايغسل الجنس خلاف الجنس؛ لأن حرمة المس عند اختلاف الجنس ثابتة حالة الحياة، فكذا بعد الموت، والمجبوب والخصى فى ذلك مثل الفحل كما فى حالة الحياة؛ لأن كل ذلك منهى عنه إلا المرأة لزوجها، إذا لم تثبت البينونة بينهما فى حالة حياته.

ويغسل الميتَ أقربُ أهله، وإلا فأهل الأمانة والورع؛ لما روى عن عبدالله بن عمر - رضى الله عنهما قال - قال رسول الله (: ليغسل موتاكم المأمونون[٤]».

وجاء فى موضع آخر: أن إمام الحى أحق بالصلاة على الميت، وروى الحسن عن أبى حنيفة أن الإمام الأعظم أحق بالصلاة إن حضر، فإن لم يحضر فأمير المصر، وإن لم يحضر فإمام الحى، فإن لم يحضر فالأقرب من ذوى قراباته، وهذا حاصل المذهب عندنا[٥].

مذهب المالكية:

جاء فى (بداية المجتهد): وأما من يجوز أن يغسل الميت، فإنهم اتفقوا على أن الرجال يغسلون الرجال، والنساء يغسلون النساء ... وأجمعوا من هذا الباب على جواز غسل المرأة زوجها. واختلفوا فى جواز غسله إياها، فالجمهور على جواز ذلك وقال أبو حنيفة: لايجوز غسل الرجل لزوجته[٦].

وجاء فى (الشرح الكبير) أنه يقدم فى غسل الميت الحى من الزوجين على العصبة، ولو أوصى الميت بخلافه، إن صح النكاح ابتداءً أو انتهاءً بأن كان فاسداً، ومضى بالدخول أو الطول، أما إذا فسد النكاح فلا يقدم الحى فى تغسيل الميت، لأن المعدوم شرعاً كالمعدوم حساً[٧].

---

(١) سورة البقرة، آية: ٢٢٠.

(٢) بدائع الصنائع: ٢٠٤/١.

(٣) المرجع السابق

(٤) ابن ماجه كتاب الجنائز، باب ماجاء فى غسل الميت.

(٥) بدائع الصنائع: ٣٠٤/١.

(٦) بداية المجتهد: (٢٣٧/١).

(٧) الشرح الكبير وحاشية الدسوقى ١٦٠/٢ ومابعدها.

أما الصلاة على الميت؛ فالأولى بالصلاة عليه إمام وصىٌّ أوصاه بالصلاة عليه؛ لرجاء خيره، أما إن أوصاه؛ لإغاظة من بعده؛ لعداوة بينهما، فإن وصيته لاتنفذ لعدم جوازها، وكان من بعده أحق بالإمامة إن رجى خيره أيضاً، وإلا قُدم الوصى، لأن من بعده إذا كان لايرجى خيره، والغرض أن بينهما عداوة فيخشى أن يقصر فى الدعاء له، والإمام عمود الصلاة، وصلاة المأمومين مرتبطة به. فإن لم يكن وصى فالأولى الخليفة لا نائبه فى الحكم إلا أن يوليه حكماً مع الخطبة للجمعة، أى مع مباشرتها على الظاهر إلا أن المراد مع توليتها للغير كالقاضى المولى على الحكم والتقرير فى الخطبة والصلاة، ثم أقرب العصبة، ولا مدخل للزوج، وأما السيد فله مدخل بالعتق - فيقدم ابن فابنه، فأب فأخ فابنه فجد فعم فابنه، وإن تعدد العاصب، لجنازة أو أكثر وقد تساووا جميعاً فى القرب قدم أفضل ولى بزيادة فقه، أو حديث أو غير ذلك من المرجحات، ولو كان الأفضل ولى امرأة فيقدم على ولى الرجل المفضول اعتبارا بفضل ولى المرأة الميتة، كما لو اجتمع ميتان ذكر وأنثى لكل منهما ولى، وكان ولى المرأة أفضل من ولى الرجل، فيقدم ولى المرأة الأفضل إذا صلى عليهما معاً صلاة واحدة[١].

مذهب الشافعية:

جاء فى (المجموع): الأصل فى غسل الميت أن يغسل الرجال الرجال والنساء النساء، فإن كان الميت رجلاً فأولى الناس به أولاهم بالصلاة عليه.

وجاء فى (المجموع): وأولى الرجال بالرجل فى غسله إذا اجتمع من أقاربه مَنْ يصلح لغسله أولاهم بالصلاة عليه ... ثم الزوجة من بعدهم فى الأصح، نعم الأفقه أولى من الأسن هنا وفى الوصية. وأولى النساء فى غسلها إذا اجتمع من أقاربها من يصلح لغسلها قرابتها من النساء، سواء كن محارم لا لبنت أو لم يكن كبنت العم، لأنهن أشفق من غيرهن[٢].

وجاء فى (مغنى المحتاج) أن الجديد على أن الولى القريب الذكر أولى بإمامة الصلاة على الميت من الوالى، وإن أوصى الميت لغير الولى؛ لأنها حقه فلا تنفذ وصيته بإسقاطها كالإرث، أما ماورد من أن أبا بكر -) - وصى أن يصلى عليه عمر) وأن عمر وصى أن يصلى عيه صهيب) فصلى، ووقع لجماعة من الصحابة مثل ذلك فمحمول على أن أولياءهم أجازوا الوصية.

هذا على الجديد أما القديم فيرى أن الوالى أولى، ثم إمام المسجد، ثم الولى كسائر الصلوات؛ والفرق على الجديد، أن المقصود من الصلاة على الجنازة هو الدعاء للميت، ودعاء القريب أقرب إلى الإجابة لتألمه وانكسار قلبه، ومحل الخلاف كما قاله صاحب (المعين)، إذا لم يخف الفتنة من الوالى، وإلا قدم قطعاً، ولو غاب الولى الأقرب فيقدم الولى الأبعد سواء أكانت غيبته قريبة أم بعيدة، قاله البغوى رحمه الله تعالى، فيقدم الأب أو نائبه كما قاله ابن المقرى[٣].

مذهب الحنابلة:

جاء فى (الإنصاف): يشترط فى غسل الميت أن يكون الغاسل مسلماً، فلايصح غسل كافر

---

(١) الشرح الكبير: ٤٢٧/١، ٤٢٨.

(٢) المجموع: ٣٣٩/١.

(٣) السابق ٣٤٠/١.

لمسلم ... ويشترط أن يكون الغاسل عاقلاً[(١)].

وجاء فى (المغنى): وإن دعت الضرورة إلى أن يغسل زوجته فلا بأس، يعنى أنه يكره له غسلها مع وجود من يغسلها سواه، لما فيه من الخلاف والشبهة.

وجاء أيضاً ... وليس لغير من ذكرنا من الرجال غسل أحد من النساء، ولا أحد من النساء غسل من ذكرنا من الرجال، وإن كن ذوات محرم وهذا قول أكثر أهل العلم[(٢)].

وجاء فى الكافى: وينبغى أن يكون الغاسل أميناً، لما روى عن ابن عمر أنه قال: لايغسل موتاكم إلا المأمونون[(٣)].

وجاء فى (المغنى) أن أحق الناس بغسل الميت وصيه فى ذلك، وذلك؛ لأن أبا بكر أوصى أن تغسله امرأته أسماء بنت عميس، وأوصى أنس أن يغسله محمد بن سيرين، فقدما بذلك، ولايعرف لهما مخالف فى الصحابة، ولأنه حق للميت، فقدم فيه وصيه على غيره كتفريق ثلثه، فإن لم يكن له وصى فالعصبات أولى الناس به، وأولاهم أبوه ثم جده وإن علا، ثم ابنه ثم ابن ابنه وإن نزل، ثم الأقرب فالأقرب من عصباته على ترتيب الميراث، لأنهم أحق بالصلاة عليه.

وأحق الناس بغسل المرأة وصيها ثم الأقرب فالأقرب من نسائها، أمها ثم بناتها ثم أخواتها كما هو الشأن فى حق الرجل، وكل من لها رحم محرم بحيث لوكانت رجلاً لم يحل له نكاحها أولى بها ممن لا رحم لها، وبعدها التى لها رحم وليست بمحرم كبنات العم والعمات وبنات الخال والخالة فهن أولى من الأجانب[(٤)].

وأحق الناس بالصلاة عليه وصيه؛ لإجماع الصحابة، فإن أبا بكر أوصى أن يصلى عليه عمر، قاله أحمد، قال: وعمر أوصى أن يصلى عليه صهيب ... وأم سلمة أوصت أن يصلى عليها سعيد بن زيد، وأبوبكرة أوصى أن يصلى عليه أبو برزة، وأبو سريحة أوصى أن يصلى عليه زيد بن أرقم، فجاء عمرو بن حريث وهو أمير الكوفة ليتقدم فيصلى عليه، فقال ابنه: أيها الأمير إن أبى أوصى أن يصلى عليه زيد بن أرقم فقدم زيداً، إلى غير ذلك من مثل تلك القضايا التى اشتهرت ولم يظهر لها مخالف، فكانت إجماعاً، ولأنه حق للميت، إذ هى شفاعة له فقدم وصيه فيها كتفريق ثلثه؛ ولأن الغرض فى الصلاة الدعاء والشفاعة إلى الله عز وجل، فالميت يختار لذلك من هو أظهر صلاحاً، وأقرب إجابة، فإن كان الوصى فاسقاً أو مبتدعاً لم تقبل الوصية كما لوكان الوصى ذمياً، وإن كان الأقرب إليه كذلك لم يقدم وصلى غيره، كما لم يمنع فى الصلوات الخمس.

والأمير أحق بالصلاة عليه بعد الوصى وقال به أكثر أهل العلم لقول رسول الله ﷺ: «لا يُؤمَّنَّ الرجل فى سلطانه»[(٥)] وقال أبو حازم: شهدت حسيناً حين مات الحسن رضى الله تعالى عنهما يدفع فى قفا سعيد بن العاص ويقول: تقدم، لولا السنة ماقدمتك، وسعيد أمير المدينة، وهذا يقتضى سنه رسول الله، وروى أحمد بإسناده عن

(١) الإنصاف: ٣٥٣/١.
(٢) المغنى: ٣٩٤/٢.
(٣) الكافى: ٢٥٣/١.

(٤) المغنى ٣١١/٢ وبهامشه الشرح الكبير.
(٥) صحيح مسلم كتاب المساجد ومواضع الصلاة، باب من أحق بالإمامة. وسنن أبى داود كتاب الصلاة، باب من أحق بالإمامة. والترمذى فى جامعه كتاب أبواب الصلاة، باب من أحق بالإمامة.

عماد مولى بنى هاشم قال: شهدت جنازة أم كلثوم بنت على، وزيد بن عمرو فصلى عليهما سعيد بن العاص، وكان أمير المدينة وخلفه يومئذ ثمانون من أصحاب محمد (، وفيهم ابن عمر والحسن والحسين، وقال على): الإمام أحق من صلى على الجنازة، وهذا أشهر ولم ينكر فكان إجماعاً؛ ولأنها صلاة شرعت فيها الجماعة فقدم فيها الأمير كسائر الصلوات، وقد كان النبى (وخلفاؤه يصلون على الجنائز، ولم ينقل إلينا أنهم استأذنوا أولياء الميت فى التقديم، والمراد بالأمير هنا الإمام فإن لم يكن فالحاكم، وأحق الناس بالصلاة بعد ذلك العصبات، وأحقهم الأب ثم الجد أبو الأب وإن علا، ثم الابن ثم ابنه وإن نزل، ثم الأخ العصبة، ثم ابنه، ثم الأقرب فالأقرب، ثم المولى المعتق ثم عصباته، هذا الصحيح من المذهب، وقال أبو بكر فى تقديم الأخ على الجد قولان، ويدل لما ذهبنا إليه أنهما استويا فى الإدلاء والأب أرق وأشفق، ودعاؤه لابنه أقرب إلى الإجابة فكان أولى كالقريب مع البعيد؛ ولأن المقصود بالصلاة الدعاء للميت والشفاعة له بخلاف الميراث.

وإن اجتمع زوج المرأة وعصباتها فأكثر الروايات عن أحمد تقديم العصبات، وهو ظاهر كلام الخرقى وقول سعيد بن المسيب لماروى عن عمر) أنه قال لأهل امرأته: أنتم أحق بها؛ ولأن الزوج قد زالت زوجيته بالموت فصار أجنبياً والقرابة لم تزل.

مذهب الظاهرية:

جاء فى (المحلى): روينا عن أبى الشعثاء قال: «الرجل أحق أن يغسل امرأته من أخيها؟ ومن طريق وكيع، عن سفيان الثورى، عن عبدالكريم عن ابن أبى رباح قال: يغسلها زوجها إذا لم يجد من يغسلها.. وروينا أيضاً من طريق سليمان بن موسى أنه قال: يغسل الرجل امرأته. وعن أبى سلمة بن عبدالرحمن بن عوف: «إذا ماتت المرأة مع رجال ليس فيهم امرأة فإن زوجها يغسلها[(١)].

وجاء فى موضع آخر: وجائز أن تغسل المرأة زوجها، وأم الولد سيدها، وإن انقضت العدة بالولادة مالم تنكحا، فإن نكحتا لم يحل لهما غسله إلا كالأجنبيات. وجائز للرجل أن يغسل امرأته وأم ولده وأمته مالم يتزوج حريمتها، أو يستحل حرمتها بالملك، فإن فعل لم يحل به غسلها[(٢)].

جاء فى (المحلى): أن أحق الناس بالصلاة على الميت والميتة الأولياء، وهم: الأب وآباؤه، الابن وأبناؤه، ثم الأخوة الأشقاء، ثم الذين للأب، ثم بنوهم، ثم الأعمام للأب، والأم، ثم الأعمام للأب ثم بنوهم، ثم كل ذى رحم محرم، إلا أن يوصى الميت أن يصلى عليه إنسان فهو أولى، ثم الزوج، ثم الأمير أو القاضى، فإن صلى غير من ذكرنا أجزأ برهان ذلك قول الله عز وجل: **﴿وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض فى كتاب الله﴾**[(٣)]. وهذا عموم لايجوز تخصيصه، وقول رسول الله ﷺ: **«لايؤمَّنَّ الرجلُ فى أهله»**[(٤)]. يدخل فيه ذو الرحم والزوج، فإذا اجتمعا منهما سواء فى الحديث، ولما رويناه عن قتاده عن سعيد بن المسيب أنه قال فى الصلاة على المرأة: أب أو ابن

(١) المحلى ٣/٣٤١.
(٢) السابق: ٣/٤٠٦.
(٣) سورة الأنفال الآية: ٧٥.
(٤) أخرجه أحمد فى مسنده برقم ١٦٤٧٢.

أو أخ أحق بالصلاة عليها من الزوج[١]، ولكن أبا محمد عاد فقال: واستدركنا الوصية بأن يصلى على الموصى غير الولى وغير الزوج، وهو أن الله عز وجل ـ وقد ذكر وصية المحتضر ـ قال: **﴿فمن بدله بعد ماسمعه فإنما إثمه على الذين يبدلونه﴾**[٢]. وروينا عن طريق وكيع عن سفيان الثورى عن محارب بن دثار أن أم سلمة أم المؤمنين رضى الله عنها، أوصت أن يصلى عليها سعيد بن زيد وهو غير أمير، ولاولى من ذى محارمهما ولامن قومها، وذلك بحضرة الصحابة رضى الله تعالى عنهم، وروى عن أبى إسحاق السبيعى أن أبا ميسرة أوصى أن يصلى عليه شريح وليس من قومه[٣].

مذهب الزيدية:

جاء فى (التاج المذهب): الرجل يغسل الرجل والمرأة تغسل المرأة[٤].

جاء فى (البحر الزخار) نقلاً عن الإمام يحيى أن أقارب الميت أولى بغسله كالصلاة، والأصح تقديم الزوجة عليهم؛ إذ لاعورة بينهما، قال العترة: وللزوجة ذلك؛ لقول عائشة رضى الله تعالى عنها: «لو استقبلت من أمرى ما استدبرت ما غسله إلا نساؤه»[٥] تعنى النبى (ولمن ينكر، قال العترة: ويجوز العكس لقول رسول الله ﷺ لعائشة رضى الله تعالى عنها: **«لو مت قبلى لغسلتك»**[٦].. ولغسل على عليه السلام فاطمة، ولم ينكر، ولومات ثم وضعت لم تغسله لمصيرها بالانقضاء كالأجنبية[٧].

والأولى بإمامة الصلاة على الميت الإمام وواليه لقول رسول الله («لايُؤم الرجل فى سلطانه»[٨]. وقول على عليه السلام: «إذا حضر الإمام الجنازة فهو أولى من أوليائه». وقال المؤيد بالله: بل الولى أولى من الإمام إذ دعاؤه مجاب لحنوه. قلنا: لاقياس مع النص. فإن كان لا إمام فالأقرب الأقرب الصالح من العصبة إلا أن الأب أولى من الابن، ثم الجد للحنو، فدعاؤه مجاب، قال العترة: ولا ولاية للزوج؛ إذ هو أجنبى، وقال الإمام يحيى: بل هو أولى من العصبة، لاختلاطه بها، وذو السببين أولى من السبب الواحد كالنكاح والميراث، والحر أولى من العبد، وفى العم الحر والأخ العبد وجهان: أصحهما أن العم أولى للحرية، والقريب المملوك أولى من الأجنبى، والأصح تقديم الأسن على الأفقه؛ لقول رسول الله ﷺ **«إن الله يستحى أن يرد للشيخ دعوة»**[٩] ونحوه، وأما صلاة الجماعة فحق لله، فيقدم الأفقه؛ لأنه أعرف بحقه، ومَنْ عيَّنه الميت لم يكن أولى كالنكاح؛ لأن الصلاة عبادة لايصح التوكيل فيها. والعصبة البعيد أولى من نائب القريب إذ لاتوكيل[١٠].

مذهب الإمامية:

جاء فى (الروضة البهية) أن الأولى بميراث الميت أولى بغسله، بمعنى أن الوارث أولى ممن

(١) مصنف ابن ابى شيبة: ٣/٢٤٢.
(٢) سورة البقرة، الآية ١٨٢.
(٣) المحلى: ٥/٤٥.
(٤) التاج المذهب: ١/٢١٥.
(٥) أورده ابن حجر فى التلخيص الحبير ٢/١٠٧ ح (٧٤٣).
(٦) ابن ماجه، كتاب الجنائز، باب ماجاء فى غسل الرجل امرأته وغسل المرأة زوجها.

(٧) البحر الزخار: ٢/٩٨، ٩٩.
(٨) سبق تخريجه.
(٩) تاريخ الإسلام ... إن الله يستحى من عذاب الشيخ.
(١٠) البحر الزخار ٢/١١٤، ١١٥.

ليس بوارث وإن كان قريباً، ثم إن اتحد الوارث اختص، وإن تعدد فالذكر أولى من الأنثى، والمكلف أولى من غير المكلف، والأب أولى من الولد والجد، والزوج أولى بزوجته مطلقاً، ويجب المساواة بين الغاسل والميت فى الرجولية والأنوثية فى غير الزوجين، فإذا كان الولى مخالفاً للميت أذن للمماثل لا أن ولايته فقط؛ إذ منافاة بين الأولوية، وعدم المباشرة، أما فى الزوجيه فيجوز لكل منهما تغسيل صاحبه اختياراً، فالزوج يغسل بالولاية، والزوجة معها أو بإذن من الولى، ولافرق فى الزوجة بين الحرة والأمة، والمدخول بها وغيرها، والمطلقة رجعية زوجة بخلاف البائن، ولايقدح انقضاء العدة فى جواز التغسيل عندنا، بل لوتزوجت جاز لها تغسيله[١].

وجاء فى (الخلاف): أن أولى الناس بالصلاة على الميت وليه أو من قدمه الولى، فإن حضر الإمام كان أولى بالصلاة عليه، ويجب عليه تقديمه؛ لإجماع الفرقة، ولقول الله عز وجل: **﴿وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض﴾**[٢]. وذلك عام فى كل شيء[٣]. وأحق القرية الأب ثم الولد، وجملة من كان أولى بميراثه كان أولى بالصلاة عليه، فإذا اجتمع أخ لأب وأم مع أخ لأب قدم الأخ من الأب والأم؛ لإجماع الفرقة، ولقول الله عز وجل: **﴿وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض﴾**[٤]. وذلك عام[٥]. وإذا اجتمع جماعة أولياء فى درجة يقدم الأقرأ ثم الأفقه ثم الأسن لقول رسول الله ﷺ: «يؤمكم أقرؤكم»، وذلك عام فى جميع الصلوات[٦].

قال أبو العباس. ويلزم غسل الميت أولياؤه وإن لم يشتغلوا به فكل مَنْ حضر، وينبغى أن يغسل الميت محارمه من الرجال والنساء وإلا مع الضرورة.

مذهب الإباضية:

جاء فى (شرح النيل) أن أولى الناس بالصلاة على الميت أبوه وأبو أبيه وإن علا، ثم الزوج، ثم الابن، ثم الأخ الشقيق، ثم الأخ الأبوى، ثم العم كذلك، ثم الأقرب فالأقرب، وإن استووا كإخوة أشقاء صلى واحد، وإن تنازعوا اقترعوا، وإن صلى عليه بعيد، ولو أجنبياً فصلاته كافية، ولايصلى عليه حتى يستأذن وليه، ولو كان الولى امرأة، وكذا دفنه، وإن لم يعرف الولى كيف يصلى أو كيف يدفن أو يفعل غير ذلك وكُل مَنْ يعرف، وقيل: يقدم القوم فى الصلاة مَنْ رضوا به للصلاة عليه كغيرها من الصلوات[٧].

(١) الروضة البهية: ٣٨/١، ٣٩.
(٢) سورة الأنفال، الآية: ٧٥.
(٣) الخلاف: ٢٩٢/١، ٢٩٣.
(٤) سورة الأنفال، الآية: ٧٥.
(٥) الخلاف: ٢٩٣/١.
(٦) المرجع السابق: ٢٩٣/١.
(٧) شرح النيل: ٦٣٣/٢

• بحث مصطلح «أيام التشريق»

ـ التعريف فى اللغة :

أيام التشريق مركب إضافى من كلمتين: الأيام جمع يوم، واليوم : زمن مقداره من طلوع الشمس إلى غروبها. أما عن التشريق فقد جاء فى لسانِ العربِ فى مادة شَرَقَ: شَرَقَتْ الشمس تُشرِقُ شُرُوقًا وشَرقًا طَلَعت واسمُ الموضعِ المشرقُ، والتشريقُ الأخذُ فى ناحيةِ المشرقِ، وشرَّقوا ذهبوا إلى المشرقِ أو أتو الشرق، وكلُ ما طلعَ من المشرقِ فقد شرقَ، ويستعملُ فى الشمسِ والقمرِ والنجومِ وفى التنزيلِ: (فأخذتهم الصيحةُ مشرقين)[١] أى مصبحين وأشرق القومُ أىّ دخلوا فى وقتِ الشروقِ[٢].

وأيامُ التشريق ثلاثةُ أيامٍ بعد يوم النحرِ: لأن لحمَ الأضاحى يُشرَّقُ فيها للشمس أى يُشرر، وقال ابن الأعرابى سُميت بذلك؛ لأن الهدىَ والضحايا لا تُنحرُ حتى تشرقُ الشمسُ أى تطلُع.

التعريف عند الفقهاء :

يتجهُ الفقهاءُ فى كلامِهم فى أيامِ التشريقِ إلى المعنى الذى أوردهُ أهل اللغة من ناحية معنى التشريق وناحية تسمية الأيام المخصوصة باسم أيام التشريق، فقد جاء فى حاشية ابن عابدين الحنفى: التشريقُ تقديرُ، وبه سُميتْ الأيامُ الثلاثةُ بعد يومِ النحرِ[٣] وفى البحرِ الرائقِ قال. صرحَ فى البدائعِ بأن التشريقَ فى اللغةِ كما يطلقُ على إلقاءِ لحومِ الأضاحِى بالمشرقةِ يطلقُ على رفعِ الصوتِ بالتكبيرِ، وفى مواهب الجليل (المالكى) أن أيامَ التشريقِ سُميتْ بذلك لصلاةِ التشريقِ وهى صلاة العيد لكونها عند شروقِ الشمس، وسُميتْ سائرُ الأيامِ باسمِ أولِها كما قيلَ أيامُ العيد[٤].

وجاء فى المجموع للنووى (الشافعى) أن أيامَ التشريقِ الثلاثةُ التى بعد النحرِ يُقال لها: أيامُ منى لأن الحجاجَ يُقيمون فيها بمنى، واليومُ الأولُ منها يُقال له يومُ القَر بفتحِ القافِ؛ لأن الحجاجَ يَقرون فيه بمنى، والثانى يومُ النفرِ الأولِ؛ لأنه لا يجوزُ النفرَ فيه لمن تَعجل، والثالثُ يومُ النفرِ الثانى، وسُميتْ أيامُ التشريقُ؛ لأنَ الحجاجَ يُشرِّقون فيها لحومَ الأضاحى والهَدايا أى يَنشرُونها ويُقددونَها، وأيامُ التشريق هى الأيامُ المعدودات[٥].

تحديد أيام التشريق :

مذهبُ الحنفيةِ :

جاءَ فى [حاشيةِ الشلبى على الزيلعى]: قال الكرمانىُ فى مناسكه: لا خلافَ بين العلماءِ أن الأيامَ المعدوداتِ هى أيامُ التشريقِ، وهى ثلاثة أيام الحادى عشرَ والثانى عشرَ والثالثُ عشرَ من ذى الحجة، أما الأيامُ المعلوماتُ فى قوله تعالى ﴿ويذكروا اسم الله فى أيام معلومات﴾[٦] فقد اختلفوا فيها قال أصحابُنا، هى ثلاثة أيامِ عرفة ويومُ النحرِ واليومِ الحادى عشرَ وهو اليومُ الأولُ من أيامِ التشريقِ[٧] وفى البحرِ الرائقِ ذكر

(١) سورة الحجر، الآية: ٧٣.
(٢) لسان العرب، مادة شرق، والمعجم الوسيط: ٢/١٠٦٧.
(٣) حاشية ابن عابدين: ٤/١٧٤، ١٧٥.
(٤) مواهب الجليل: ٢/٣١٦.
(٥) المجموع: ٦/ ٤٤١، ٣٤٢.
(٦) سورة الحج، الآية: ٢٨.
(٧) حاشية الشلبى على تبين الحقائق: ٢/٣٢

قول الله سبحانه وتعالى ﴿ واذكروا الله فى أيام معدودات ﴾(١) قيل بأن كلا منهما أيامُ التشريقَ وقيلَ. المعدوداتُ أيامُ التشريق، والمعلوماتُ أيامُ العشر، وقيل: المعلومات يوم النحرِ ويومان بعده، والمعدودات أيامَ التشريق(٢).

مذهب المالكية :

جاءَ فى [مواهب الجليل]: قال القاضى عِياضُ فى آخرِ كتابِ الصلاة: أيامُ التشريقُ هى يومُ النحرِ وثلاثةٌ بعده، وقال مالك فى الموطأ وغيرهُ أيامُ التشريقُ هى الأيامُ المعدوداتُ وهى الثلاثةُ بعد النحرِ وهو الأكثر، ومثلُه لابن عباس(٣).

مذهب الشافعية :

جاءَ فى [مغنى المحتاج: أن أيام التشريق ثلاثة، وهى الحادى عشرَ والثانى عشرَ والثالث عشرَ من ذى الحجة(٤).

مذهب الحنابلة :

جاء فى [كشاف القناع]: أن أيامُ التشريقِ هى ثلاثة أيامٍ بعدَ يومِ النحرِ(٥).

مذهب الظاهرية :

جاء فى (المحلى): الأيامُ المعدوداتُ والمعلوماتُ واحدةٌ وهى يومُ النحرِ ثلاثةُ أيامٍ بعده؛ لقول الله تعالى: ﴿ واذكروا الله فى أيام معدودات فمن تَعجلَ فى يومين فلا إثمَ عليه ومن تأخر فلا إثم عليه ﴾(٦) والتعجيلُ المذكور والتأخيرُ المذكورُ إنما هو بلا خلاف من أحدٍ فى أيام رمى الجمارِ، وأيامُ رمى الجمارِ بلا خلافُ هى يومُ النحرِ وثلاثةُ أيامٍ بعده وقال تعالى: ﴿ ليشهدوا منافعَ لهم ويذكروا اسم الله فى أيام معلومات على مارزقهم من بهيمة الأنعام ﴾(٧) فهذه بلا شكُ أيامُ النحرِ التى تنحرُ فيها بهيمةُ الأنعام، وهو يومُ النحرِ وثلاثةُ أيامٍ بعده وروينا من طريق محمد بن المثنى حدثنا عبيد الله بن موسى حدثنا بن أبى ليلى عن الحكم بن عتيبة عن مقسم عن بن عباس قال: الأيامُ المعلوماتُ يومُ النحرِ وثلاثةُ أيامٍ بعده أيامُ التشريقِ وقال ابن عباس فى قوله تعالى ﴿ فى أيام معدودات ﴾ قال: يومُ النحرِ وثلاثةُ أيامٍ بعدهِ أيامُ التشريقِ، وهذا قولنا(٨).

مذهب الزيدية :

جاء فى [البحر الزخار]: أيام التشريق ثلاثة أيام بعد يوم النحر، وهو اليوم الحادى عشر والثانى عشر والثالث عشر(٩).

مذهب الإمامية :

جاء فى (العروة الوثقى): أن ليالى التشريقِ هى الحادى عشر والثانى والثالث عشر(١٠).

مذهب الإباضية :

جاء فى (الإيضاح): قال الله تعالى: ﴿ وأذن فى الناس بالحج يأتوك رجالا وعلى كل ضامر يأتين من كل فج عميق ليشهدوا منافع لهم

(١) سورة البقرة الآية: ٢٠٣.
(٢) البحر الرائق شرح كنز الرقائق ط ٢/ ١٧٧
(٣) مواهب الجليل شرح مختصر خليل ٣/ ٤٨٥.
(٤) مغنى المحتاج: ١/ ٣٠٩، ٣١٠ وما بعدها.
(٥) كشاف القناع. ١/ ٣٦٢.

(٦) سورة البقرة: ٢٠٣.
(٧) سورة الحج: الآية ٣٦.
(٨) المحلى: ٧/ ٢٧٥.
(٩) البحر الزخار: ٢/ ٣٤٤.
(١٠) العروة الوثقى: ١/ ٥٠٨.

ويذكروا اسم الله فى أيام معلومات على مارزقهم من بهيمة الأنعام فكلوا منها وأطعموا البائس الفقير ﴾(١). واختلفوا فى الأيام المعلومات قال بعضهم، عشرة أيام من ذى الحجة وآخرها يوم النحر، وقال آخرون: الأيامُ المعلوماتُ يومُ النحر، ويوم بعده(٢).

ما يؤدى فى أيام التشريق من العبادات وكيفيته

أولاً : التكبير عقيب الصلاة فى أيام التشريق :

مذهب الحنفية :

جاء فى (بدائع الصنائع): أن ما يعتبر فى حرمة الصلاة بعد الخروج منها التكبير فى أيام التشريق، والكلام فيه يقع فى مواضع فى تفسيره وفى وجوبه وفى وقته وفى محل أدائه وفيمن يجب عليه، وفى أنه هل يقضى بعد الفوات فى الصلاة التى دخلت فى حد القضاء؛ أما صيغته: اختلفت الروايات عن الصحابة رضى الله عنهم فى تفسير التكبير فروى أنه: الله أكبر الله أكبر لا إله إلا الله والله أكبر الله أكبر ولله الحمد، وهو قول على وابن مسعود رضى الله تعالى عنهما، وكان ابن عمر يقول: الله أكبر الله أكبر وأجلُّ الله أكبر ولله الحمد، وكان ابن عباس يقول: الله أكبر الله أكبر لا إله إلا الله الحى القيوم يحيى ويميت وهو على كل شىء قدير، ونحن نأخذ بقول على وابن مسعود رضى الله تعالى عنهما؛ لأنه المشهور والمتوارث من الأمة، ولأنه أجمع لاشتماله على التكبير والتهليل والتحميد فكان أولى(٣).

حكمــــه :

جاء فى [بدائع الصنائع]: الصحيح أنه أى التكبير واجب، وقد سماه الكرخى رحمه الله تعالى سُنة ثم فسره بالواجب فقال: تكبير التشريق سُنة ماضية نقلها أهل العلم وأجمعوا على العمل بها، وإطلاق اسم السُنة على الواجب جائز؛ لأن السُنة عبارة عن الطريقة المرضية أو السيرة الحسنة، وكل واجب هذه صفته، ودليل الوجوب قول الله عز وجل: ﴿ واذكروا الله فى أيام معدودات ﴾(٤).

وقت التكبيــر :

أما وقتُ التكبيرِ فقد اختلفَ الصحابةُ رضى الله تعالى عنهم فى ابتداء وقتِ التكبير وانتهائه فاتفق شيوخُ الصحابة نحو عمرَ وعلى وعبد الله ابن مسعود والسيدة عائشة رضى الله تعالى عنهم على البداية بصلاةِ الفجرِ من يوم عرفةٍ ، وبه أخذ علماؤنا فى ظاهرِ الروايةِ واختلفوا فى الختم قال ابن مسعود رضى الله تعالى عنه: يُختمُ عند العصر من يومِ النحرِ بكبرُ ثم يقطع وذلك ثمانِ صلواتٍ وبه أخذ أبو حنيفة رحمه الله تعالى وقال علىّ رضى الله تعالى عنه: يُختمُ عند العصر من آخر أيام التشريق فيكبرُ لثلاثٍ وعشرين صلاةً وهو إحدى الروايتين عن عمر رضى الله تعالى عنه وبهذا الرأى أخذَ أبو يوسفَ ومحمدٌ رحمهما الله تعالى، وفى إحدى روايتين عن عمر رضى الله تعالى عنه يُختمُ عند الظهرِ من آخرِ أيامِ التشريقِ، وأما الشبانُ من الصحابة

(١) سورة الحج الآية: ٣٦.
(٢) الإيضاح: ٢/ ٢٢٨.
(٣) بدائع الصنائع:١ / ١٩٥.
(٤) سورة البقرة الآية: ٢٠٣.

ومنهم ابن عباس وابن عمر رضى الله تعالى عنهم فقد اتفقوا على البداية بالظهر من يوم النحر، وروى عن أبى يوسفَ رحمه الله تعالى أنه أخذَ به غير أنهما اختلفا فى الخَتم فقال ابن عباس رضى الله تعالى عنه: يُختمُ عند الظهر من آخر أيام التشريق، وقال ابن عمر رضى الله تعالى عنه: يُختمُ عند الفجرِ من آخرِ أيامِ التشريقِ، وحجةُ روايةِ أبى يوسف رحمه الله تعالى فى البدايةِ بظهرِ يومِ النحرِ هو قولُ الله تعالى ﴿ فإذا قضيتم مناسككم فاذكروا الله ﴾(١) فقد أمرَ اللهُ سبحانه وتعالى بالذكرِ عقب قضاءِ المناسكِ وقضاءُ المناسكِ إنما يقعُ فى وقتِ الضحوة من يومِ النحرِ فاقتضى وجوبَ التكبيرِ فى الصلاةِ التى تليهِ وهى بعد الظهرِ، ووجهُ ظاهرُ الروايةِ وهو أن البدءَ بالتكبير يكونُ عقبَ صلاة الفجرِ من يومِ عرفة هو قولُ الله عز وجل: ﴿ ويذكروا اسم الله فى أيام معلومات ﴾(٢) وهى أيامُ العشرِ فكانَ ينبغى أن يكون التكبيرُ فى جميعها واجبًا إلاَّ أن ما قبلَ يومُ عرفة خُصَ بإجماع الصحابة رضى الله تعالى عنهم، ولا إجماع فى يوم عرفة والأضحى فوجبَ التكبيرُ فيهما عملاً بعموم النصِ، ولأن التكبير لتعظيم الوقتِ الذى شُرِعَ فيه المنسكُ وأولهُ يومُ عرفة إذ فيه يُقامُ أركانُ الحجِ وهى الوقوف؛ ولهذا قال مكحولُ رحمه الله تعالى: يُبدأ بالتكبير من صلاةِ الظهرِ من يومِ عرفة؛ لأنَ وقتَ الوقوفِ بعد الزوالِ ولا حجة لأبى يوسف فى الآية التى استدلَ بها؛ لأنها ساكتة عن الذكرِ قبلَ قضاءِ المناسكِ فلا يصحُ التعلقَ بها، وأما بالنسبةِ للختم فإن أبا يوسف ومحمدا ذكر بأن الختم يكون عند العصر من آخر أيامِ التشريقِ واحتجا بقول الله سبحانه وتعالى: ﴿ واذكروا الله فى أيام معدودات ﴾(٣). وهى أيام التشريق فكان التكبيرُ فيها واجبًا؛ لأن التكبيرُ شُرِعَ لتعظيم أمرِ المناسكِ، وأمرُ المناسكِ إنما ينتهى بالمرمىِ فيمتد التكبير إلى آخر وقتِ الرمىِ، ولأن الأخذُ بالأكثرِ من بابِ الاحتياط(٤).

مذهب المالكية :

صفة التكبير ووقتــــه

جاءَ فى [مواهبِ الجليلِ] قد مضت السنةُ أن أهلَ الآفاقِ يكبرونَ دُبرَ كل صلاةٍ من الصلواتِ الخمسِ فى أيامِ إقامة الحاج بمنى، فإذا سلمَ الإمامُ من صلاةِ الفرضِ فى تلك الأيامِ كبرَ تكبيرًا يُسمعُ نفسهُ ومن يليهِ فهذه هى السنةُ، وأما ما يفعلهُ بعضُ الناسِ اليومِ من أنه إذا سلمَ الإمامُ من صلاته كبَّرَ المؤذنون على صوتٍ واحدٍ على ما يَعلم من زعقاتِهم ويطولون فيه والناسُ يستمعون إليهم ولا يكبرون فى الغالبِ وإن كبرَ أحدٌ منهم فهو يمشى على أصواتِهم، وذلك كله من البدعِ وفيه إخرام حرمةُ المسجدِ والتشويش على المصلين والتالين والذاكرين(٥). وجاءَ فى موضع آخرَ قال: فى المدخل فيسمع نفسَه ومن يليه وقال بعدَه: أو فوقَ ذلك قليلاً ولا يرفعُ صوتُه حتي يعقره؛ لأن ذلك محدث والزيادة على ذلك حتى يعقرَ حلقة من البدع إذ لم يرد عن النبى ﷺ إلاَّ ما ذُكِرَ ورفع الصوت بذلك يخرج عن حد الصمت والوقار، ولا فرقَ فى ذلك فى التكبير بين أن يكون إمامًا أوْ مأمومًا أو مؤذنًا أو غيرهما،

(١) سورة البقرة: الآية ٢٠٠.
(٢) سورة الحج: الآية: ٢٨.
(٣) سورة البقرة الآية: ٢٠٣.
(٤) البحر الرائق شرح كنز الدقائق: ٢ / ١٧٨
(٥) مواهب الجليل: ٢ / ١٩٨.

فإن التكبير مشروع فى حقهم أجمعين إلا للنساء فإن المرأة تسمع نفسها ليس إلا بخلاف ما يفعله بعض الناس اليوم(١).

صيغة التكبير :

وجاء فى [التاج والإكليل]: أن لفظَ التكبيرِ هو الله أكبر ثلاثًا قال عياضُ رحمه الله تعالى: المشهورُ حده ثلاثٌ، ومن المدونة قال ابن القاسم: لم يحد مالك فى تكبير أيامُ التشريقِ حداً.

وبلغنى عنه أنه كان يقولُ: الله أكبر، الله أكبر، الله أكبر ثلاثًا، ورواه عليٌّ رضى الله تعالى عنه وإن قال بعد تكبيرتين: لا إله إلا الله ثم تكبيرتين ولله الحمدُ فحسنٌ، وفى الرسالة: إن جمعَ مع التكبيرِ تهليلاً وتحميداً فحسنٌ يقول إن شاءَ ذلك: الله أكبر، الله أكبر، لا إله إلا الله؛ والله أكبر، الله أكبر ولله الحمد قال ابن يونس: بهذا أخذَ أشهبُ وابن عبد الحكم رحمهما الله تعالى وروياه عن مالكٍ رضى الله تعالى عنه، لكن فى هذه الرواية التكبير مرتين قبل التهليل وبعده(٢).

حكم التكبير :

جاء فى [التاج والإكليل] أن ابن عرفة قال: يُستحبُ تكبيرُ كل مصلٍ إثر خمس عشرة فريضة وذلك من ظهرِ يوم النحرِ المخاطب به. قال مالك رحمه الله تعالى: ويكبرُ فى أيامِ التشريقِ الرجالُ والنساءُ والعبيدُ والصبيانُ وأهلُ الباديةُ والمسافرون وكلُ مسلم صلى فى جماعة واحدةٍ أو وحدهِ قال ابن شعبان: وتُسمعُ المرأة نفسها

(١) مواهب الجليل: ٢ / ١٩٥.

(٢) أخرجه بن أبى شيبة فى مصنفه: ٢/٧٣، والبيهقى فى السنن الكبرى: ٨/٢٤٨.

التكبيرَ كانت فى المسجدِ أو فى بيتها.

ولا يكبرُ أثرَ نافلةٍ، قال الشيخ عن عبد الملك: لا يكبرُ إثر صلاةِ النفل، قال المازرى رحمه الله تعالى: وهذا هوالمشهور، وقال مالكُ رضى الله تعالى عنه: يكبرُ، وعن ابن سحنون: من قضى صلاة نسيها من أيام التشريقِ بعد زوالها فلا تكبيرَ عليه: وقال غيرهُ من أهلِ المذهبِ: إن ذكرَها فى أيامِ التشريقِ صلاهَا وكبرَ بعدها وذكر عن أبى عمران رحمه الله تعالى أنه لا يكبرُ لها؛ لأن وقت التكبيرِ لها قد فاتَ ،وإن كانت أيامُ التشريقِ لم تخرجْ بعد، ثم قال الحطابُ: قال ابن فرحون فى شرحِ ابن الحاجبِ: ولو تنسى التكبيرَ لكبرَ بالقربِ، والقربُ عند مالكٍ أن يكونَ فى المجلسِ فإذا قامَ الإمامُ منه فلا شئَ عليه وما ذكرَه هو قولُ مالكٍ رضى الله تعالى عنه فى المختصرِ يكبرُ ما دامَ فى مجلسهِ فإذا قام منه فلا شئَ عليه، وفى المدونة: ومن نسىَ التكبيرَ وهو بالقربِ رجع فكبرَ وإن بعد فلا شئ عليه(٣).

مذهب الشافعية :

وقت التكبير :

جاء فى [مغنى المحتاج]: ويكبرُ عقب الصلواتِ الحاجُ من ظهرِ يومِ النحرِ؛ لأنها أولُ صلاته بمنى ووقت انتهاءِ التلبيةِ، ويختمُ التكبيرُ بصبح آخر أيامِ التشريق، لأنها آخرُ صلاةٍ يُصليها بمنى وغيرهُ أى الحاجُ كهو أى كالحاج فى ذلك فى

(٣) التاج والإكليل: ٢ / ١٩٨، مواهب الجليل بشرح مختصر خليل: ٢ / ١٩١.

الأظهر تبعًا له، لأن الناس تبع للحجيج وهم يكبرون من الظهر ولإطلاقِ حديثِ مسلم: «وأيام منى أيام أكل وشرب وذكر لله تعالى»[١] وروى ذلك عن عثمانٍ وجماعةٍ من الصحابة رضى الله تعالى عنهم وقال فى المجموع: وهو المشهور فى مذهبنا، وفى قول: يكبرُ غيرُه من مغربِ ليلةِ يوم النحرِ ويَختمُ أيضًا بِصبحِ آخرِ أيامِ التشريقِ، وفى قول: من صبح يومِ عرفةِ ويُختمُ بعصرِ آخرِ أيامِ التشريقِ، والعملُ على هذا فى الأمصارِ، وصحَ من فعلِ عمرٍ و عليٍ وابن مسعود وابن عباس رضى الله تعالى عنهم من غيرِ إنكارٍ واختاره المصنف فى تصحيحه ومجموعه وقال فى الأذكارِ إنه الأصحُ وفى الروضةِ أنه الأظهرُ عند المحققين المخاطبين على من تجب والأظهرُ أنه أى الشخصِ ذكرًا كان أو غيرُه حاضرًا أو مسافرًا منفردًا أو غيره يكبرُ فى هذه الأيام للجنازة وللغائبةِ والراتبةِ والمنذورةِ والنافلةِ المطلقةِ أو المقيدةِ، وذات السبب كتحيةِ المسجدِ لأنه: شعارُ الوقتِ، والثانى يُكبرُ عقبَ الفرائضِ خاصة سواءٌ أكانت مؤداةً مقضيةً فى هذه الأيام أم من غيرها؛ لأنّ الفرائضَ محصورةٌ فلا يشقُ طلبُ ذلك فيها كالأذانِ فى أولِ الفرائضِ والأذكارِ فى آخرِها، وظاهرُ كلامهم أنه لا يكبرُ على الأولِ عقبَ سجدتى التلاوة والشكرِ لأنهما ليستا بصلاةٍ وإن قال صاحب الرونق: إنه يكبرُ عقبهما واحترز بقوله فى هذه الأيام عما لو فاتته صلاة منها وقضاها فى غيرها فإنه لا يكبرُ كما قاله فى المجموعِ وادعى أنه لا خلافَ فيه لأن التكبيرَ

(١) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الصيام، باب تحريم صوم أيام التشريق.

شعارُ الوقتِ ولو نسى التكبيرَ تداركه إن قربَ الفصلُ وكذا إن طالَ على الأصحِ، وهذا كلُه فى التكبيرِ الذى يُرفعُ به صوتَه ويجعلُه شعارَ اليوم، أما لو استغرقَ عُمرَه بالتكبير في نفسه فلا منعَ منه كما نقله فى أصلِ الروضةِ عن الإمام وأقرّه، ولو اختلفَ رأىُ الإمامِ والمأمومِ فى وقتِ ابتداء التكبيرِ اتبعَ اعتقاد نفسه[٢].

صيغة التكبير :

جاء فى [مغنى المحتاج]: صيغته المحبوبة أى المسنونة كما فى المحرر: الله أكبر الله أكبر الله أكبر ثلاثًا فى الجديد، كذا وردَ عن جابر وابن عباس رضى الله تعالى عنهم، وفى القديم يكبرُ مرتين ثم يقولُ: لا إله إلا الله والله أكبرُ الله أكبرُ مرتين ولله الحمدُ، وهكذا نقله الرافعى عن صاحبِ الشاملِ قال فى زيادةِ الروضةِ، ونقلهُ صاحبُ البحر عن نصِ الشافعى رحمه الله تعالى فى البويطى ويستحبُ أن يزيد بعد التكبيرةِ الثالثة اللهُ أكبرُ كبيرًا كما فى الشرحين والروضة أى بزيادة اللهُ أكبر قبلَ كبيرًا والحمدُ لله كثيرًا وسبحان الله بكرةً وأصلاً، كما قاله النبى ﷺ على الصفا[٣] ومعنى بكرةٍ وأصيلا أول النهار وآخره، وقيل: الأصيلُ ما بينَ العصرِ والمغربِ، ويُسنُ أن يقولَ أيضا بعدَ هذا: لا إله إلا الله ولا نعبدُ إلا إياه مخلصين له الدينَ ولو كره الكافرون لا إله إلا الله وحدهُ صدقَ وعدهُ ونصرَ عبدهُ وهزم الأحزابَ وحده، لا إله إلا الله والله أكبر[٤].

(٢) مغنى المحتاج: ١/ ٣٠٩ ، ٣١٠.
(٣) أخرجه ابن ماجه في سُننه، كتاب إقامة الصلاة والسُّنة فيها باب الاستخارة فى الصلاة.
(٤) مغنى المحتاج: ١ / ٣٠٩ ، ٣١٠.

مذهب الحنابلة :

وقت التكبيـــر :

جاء في [كشاف القناع]: والتكبيرُ المقيدُ في الأضحى يُكبرُ من صلاةِ فجرِ يومِ عرفةَ إن كان محِلاً؛ لحديث جابر رضي الله تعالى عنه قال: كان النبي ﷺ يكبرُ في صلاةِ الفجرِ يومَ عرفةَ إلى صلاةِ العصرِ من آخرِ أيامِ التشريقِ حين يُسلّمُ من المكتوبات»[1] وفي لفظ: كان النبيُّ ﷺ إذا صلى الصبحَ من غداةِ عرفةَ أقبلَ على أصحابِه فيقولُ: «على مكانِكم ويقول: الله أكبر الله أكبر لا إله إلا الله، والله أكبرُ الله أكبر ولله الحمد»[2] فإن قيلَ: مدارُ الحديثِ على جابر بن زيد الجعفي وهو ضعيفٌ. قلنا: قد روى عنه شعبةُ والنوويُ ووثقاه وناهيك بهما. وقال أحمدُ: لم يُتكلمْ في جابرٍ في حديثِه إنما تكلمَ فيه لرأيهِ على أنه ليس في هذه المسألةِ حديثٌ مرفوعٌ أقوى إسنادًا منه ليُترك من أجله حكمه والحكمُ فيه حكمُ فضيلةٍ وندب لا حكمَ إيجابٍ أو تحريمٍ ليشدد في أمرِ الإسنادِ، وقيل لأحمد: بأي حديث تذهبُ في ذلك، قال بالإجماع عمر وعلي وابن عباس وابن مسعود رضي الله تعالى عنهم، وإن كان مُحرِمًا فإنه يكبرُ من صلاةِ ظهرِ يومِ النحرِ؛ لأنهُ قبلَ ذلكَ مشغولٌ بالتلبيةِ إلى العصرِ من آخرِ أيامِ التشريقِ فيهما أي في المحلِ، والمحرمُ، فلو رمى المحرم جمرةَ العقبةِ قبلَ الفجرِ من يوم النحرِ فإن وقتَها من نصفِ ليلةِ النحرِ فعموم كلامهم يقتضي أنه لا فرق بينهُ وبين من لم يرم إلاَّ بعدَ طلوعِ الشمسِ حملاً على الغالبِ في رمي الجمرةِ إذ هو بعد الشروقِ يُؤيدُه لو أخّرَ الرمي إلى بعدِ صلاةِ الظهرِ فإنه يجتمعُ في حقه التكبيرُ والتلبيةُ فيبدأ بالتكبيرِ ثم يلبي نصًا؛ لأن التكبيـر من جنس الصلاة. قلت: ويؤخذُ منه تقديمُه على الاستغفارِ وقولُ: اللهم أنتَ السلامُ إلى آخره فيكون تكبيرُ المُحلِ عقبَ ثلاثٍ وعشرين فريضةً، وتكبيرُ المحرمِ عقبَ سبعَ عشرة ومن كان عليه سجودُ سهوٍ أتى به أولاً إما قبلَ السلام أو بعده ثم يكبر، لأنه من تمام الصلاة عقبَ كلِ فريضةٍ متعلقٌ بقوله: يكبرَ من صلاةِ الفجرِ يوم عرفة في جماعةٍ لما تقدم من الأخبارِ المخاطبون به، وأنثى كذكر تكبرُ عقبَ الفرائضِ في جماعة وإن لم تكن مع الرجالِ لكن لا تجهر به، ومسافرٍ كمقيمٍ في التكبير ولو لم يأتمَ بمقيم ومميزٌ كبالغ قال في الفروع: فيتوجه مثله صلاة معادة ويتوجهُ احتمالٌ أن لا يكبرُ؛ لأنَ صلاةَ الصبي يضربُ عليها بخلافِ نفلِ البالغ حكم قضائه ويكبرُ مأموم نية إمامه ليحوزَ الفضيلةَ كقول آمين، ويكبرُ مسبوقٌ بعد قضائه مافاتَه من صلاته وسلامه؛ لأن التكبيرَ ذكرٌ مسنونٌ فلا يتركهُ المسبوقُ كغيره من الأذكار ويكبرُ من قضَى فيها أي في الأيام التي يسنُ فيها التكبيرُ عقبَ الفرائضِ فائتة من أيامها أو من غيرِ أيامها في عامه أي عامُ ذلكَ العيد إذا قضاها جماعةً؛ لأنها مفروضةٌ فيه ووقتُ التكبيرِ باقٍ، ولا يكبرُ من قضى فائتته بعد أيامها؛ لأنها سُنة فات محلها كالتلبية ولا يكبرُ عقبَ نافلة خلافًا للآجري؛ لأنها صلاةٌ لا تشرعُ لها الجماعةُ أو غيرُ مؤقتة فأشبهت الجنازةُ وسجودُ التلاوة، ولا يكبرُ من

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه: ٢/٧٢.
(٢) أخرجه الحاكم في المستدرك: ٢/١٢٩.

صلى وحدَه، لقول ابن مسعود رضى الله تعالى عنه: إنما التكبيرُ على من صلى جماعةً رواه ابن المنذر(١).

صفة التكبير :

جاء فى [كشاف القناع]: وصفةُ التكبير شفعًا الله أكبرُ الله أكبرُ لا إله إلا الله والله أكبر ولله الحمد؛ لأنه عليه الصلاة والسلام كان يقول كذلك رواه الدار قطنى(٢) وقالَه على وحكاه ابن المنذر عن عمر، قال أحمد: اختيارى تكبيرُ ابن مسعود وذكر مثله، وقال النخعى: كانوا يكبرون كذلك رواه البخارى ولأنه تكبيرٌ خارجُ الصلاة له تعلقُ بها، ولا يختصُ الحاجُ فأشبه الأذان ويجزئُ مرةً واحدةً، وإن زادَ على مرةٍ فلا بأسَ وإن كررَه ثلاثًا فحسنٌ قال فى المبدعِ: وأما تكريره ثلاثًا فى وقتٍ واحدٍ فلم أره فى كلامِهم، ولعله يقاسُ على الاستغفارِ بعد الفراغ من الصلاةِ، وعلى قولِ سبحان الملكِ القدوسِ بعد الوترِ؛ لأن اللهُ وترٌ يحبُ الوترَ(٣).

مذهب الظاهرية :

وقت التكبير وصفته :

جاء فى [المحلى]: أن التكبيرَ إثرَ كُلِ صلاةٍ وفى الأضحى وفى أيام التشريقِ ويوم عرفة حسنٌ كله؛ لأن التكبيرَ فعلُ خيرٌ، وليس هنا أثرٌ عن رسول الله ﷺ بتخصيصِ الأيام المذكورةِ دونَ غيرها، ورُوينا عن الزهرى وأبى وائلٍ وأبى يوسفٍ ومحمدٍ استحبابُ التكبير غداة عرفةٍ إلى آخرها أيامِ التشريقِ عند العصر. وعن يحيى بن سعيد القطانِ وعبد الرحمنِ بن مهدى كلاهما عن سفيان الثورى عن أبى إسحاقٍ السُبيعى عن الأسودِ وأصحابِ ابن مسعودٍ قال: كان ابن مسعود يكبرُ صلاةَ الصبح يومِ عرفةِ إلى صلاةِ العصرِ يومِ النحرِ، قال عبد الرحمن فى روايته: الله أكبر الله أكبر لا إله إلا الله الله أكبر ولله الحمد وعن علقمةِ مثلُ هذا، وعن ابن عمرٍ من يومِ النحرِ إلى صلاةِ الصبحِ آخرِ أيامِ التشريقِ قال أبو محمد: من قاس ذلك على تكبيرِ أيامِ منى فقد أخطأ؛ لأنه قاس من ليس بحاجٍ على الحاجِ، ولم يختلفوا أنهم لا يقيسونَهم عليهم فى التلبيةِ فيلزمَهم مثل ذلك فى التكبيرِ، ولا معنى لمن قال: إنما ذلك فى الأيام المعلومات؛ لقول الله تباركَ وتعالى ﴿ويذكروا اسم الله فى أيام معلومات﴾(٤) وقال: إن يومَ النحرَ مجمعٌ عليه أنه من المعلومات، وما بعده مختلفٌ فيه؛ لأنه دعوى فاسدة وما حجر الله تعالى قط ذكره فى شىء من الأيام، ولا معنى لمن اقتصر بالمعلومات على يوم النحر لأن النص يمنع من ذلك بقوله تعالى: ﴿على مارزقهم من بهيمة الأنعام﴾ ببهيمة الأنعام، وقد صحَ أن يومَ عرفةٍ ليس من أيامِ النحرِ، وأن ما بعد يومِ النحرِ هو من أيام النحر؛ فبطلَ هذا القولُ(٥).

مذهب الزيدية : جاء فى [شرح الأزهار]:

أما حكمه: فقالَ المؤيدُ باللهِ المنصور بالله: إنه واجبُ عقيبَ كلِ فرضٍ مرةً واحدةً، وقال أبو طالب وهو المذهبُ أنه سنةٌ مؤكدةٌ عُقيب كل فرضٍ من الصلواتِ الخمسِ، ويُستحَبُ أن يكررَهُ عقيبُ الفرائضِ ثلاثِ مراتٍ المخاطبة والمنفردُ

---

(١) كشاف القناع: ١ / ٣٦١ ، ٣٦٢.

(٢) أخرجه أبو داود في سُننه، كتاب الصلاة ـ باب فى الدعاء فى الوتر والدار قطنى فى سننه (كتاب الصلاة ـ باب صلاة العيد.

(٤) سورة الحج الآية: ٢٨٠.

والبدوىُ والمسافرُ وغيرُهم سواءً فى كون هذا التكبيرُ مشروعًا فى حقهم(١).

وأما وقته: فالمذهبُ أنه يُكبرُ من عقيب صلاةِ فجرِ يومِ عرفةٍ إلى آخرِ أيام التشريق، وهو اليومُ الخامسِ من يومِ عرفةِ فيفعلُه عقيبَ العصرِ فى اليومِ الخامسِ، ويقطعُه عقيبِ المغربِ قضاءوه قال فى التقرير: من نسى منه شيئًا أو تركَه عمدًا قضاهُ فى أيامِ التشريقِ لا بعدَها. قال فى شرحِ الإبانة: ولا يسقطُ عندَ أصحابِنا إن تكلمَ وزال عن مكانه، وأفتى بذلك أبو طالب.

ويستحبُ عُقيبُ النوافلِ، وقال الفقيهُ يوسفُ: سواء كانت النافلةُ من الراوتبِ أم من غيرِها قال المهدىُ ﷺ: ولعلّه من المُؤكدةَ آكد قال: والأقربُ أنه لا يستحبُ التثليثَ عُقيبَ النوافلِ(٢). تخفيفًا، وقال زيدُ والقاصرُ: لا يكبرُ عُقيبَ النوافلِ.

أما صفته: فهو أن يقولَ: اللهُ أكبرُ اللهُ أكبرُ لا إله إلا الله والله أكبر اللهُ أكبر ولله الحمدُ والحمدُ للهِ على ما هدانا وأولانا وأحل لنا من بهيمة الأنعامِ، ذكره فى المنتخب، قال أبو طالب وهو المختار؛ لأنه الأشهرُ عن السلف(٣).

مذهب الإمامية :

وقت التكبير: جاء فى كتاب [الخلاف فى الفقه]: أن التكبيرَ عقيبُ خمسَ عشرةَ صلاةٍ فى الأضحى لمن كان بمنى أولها بعد الظهر يوم النحر وآخرها صلاةِ الصبحِ آخرِ أيامِ التشريق، ومن كان بغيرِها من أهلِ الأمصارِ عُقيبَ عشرِ صلواتِ أولُها الظهرَ يومِ النحرِ وآخرها الصبحُ يوم النفرِ الأولِ وهو الثانى من أيامِ التشريقِ، ولست أعرفُ أحدًا من الفقهاءِ فَرَّقَ بين أهلِ منى وأهلِ الأمصارِ، بل نحن منفردون به دليلنا إجماعُ الفرقةِ وأيضًا قولُ اللهِ تبارك وتعالى: ﴿ واذكروا الله فى أيام معدودات ﴾ وهى عندنا أيامُ التشريقِ، وليس فيها ذكرٌ مأمورٌ به غيرَ التكبيرِ الذى ذكرناه، وروى محمد بن مسلم قال: سألتُ أبا عبد الله عن قوله تعالى: ﴿ واذكروا الله فى أيام معدودات ﴾ قال: التكبيرُ فى أيامِ التشريقِ من صلاةِ الظهرِ من يوم النحرِ إلى صلاةِ الفجرِ من اليوم الثالث، وفى الأمصارِ عقيبِ عشرِ صلواتٍ فإذا نفرَ النفرَ الأولَ أمسك أهلُ الأمصار. ومن أقامَ بمنى وصلى بها الظهر والعصرَ فليكبرُ، وروى زرارة قال، قلتُ لأبى جعفرٍ ﷺ: التكبيرِ أيامَ التشريقِ فى دبرِ الصلواتِ فقال: التكبيرُ فى منى فى دبرِ خمسِ عشرةِ صلاةً؛ وفى سائرِ الأمصارِ دبرِ عشرِ صلواتٍ، وأولُ التكبيرِ من دبرِ صلاةِ الظهرِ يومِ النحرِ، وإنما جُعلَ فى سائرِ الأمصارِ فى دبرِ عشرِ صلواتٍ؛ لأنه إذا نفرَ الناسُ فى النفرِ الأولِ أمسكَ أهلُ الأمصارِ عن التكبيرِ وكبرَ أهلُ مِنى ما داموا بمِنى إلى النفرِ الأخيرِ(٤).

صفة التكبير :

يقول: اللهُ أكبر اللهُ أكبر لا إله إلا الله واللهُ أكبر الله أكبر، ولله الحمد وهو إحدى الروايتين

(١) شرح الأزهار: ١ / ٣٨٤.
(٢) السابق: ١ / ٣٩٥.
(٣) السابق: ١ / ٣٨٦.
(٤) كتاب الخلاف فى الفقه: ١ / ٢٦٧.

عن علي رضي الله عنه وبه قال ابن مسعود والنووى وإجماع الفرقة وروى جابر قال: كان رسول الله ﷺ إذا صلى بنا الصبحَ من غداةِ عرفةِ أقبلَ على أصحابهِ فيقول: على مكانِكم ويقول: الله أكبرُ الله أكبر لا إله إلا الله والله أكبر ولله الحمد[١][٢] والتكبير عقيب خمس عشرة صلاة لمن كان بمنى وعشر صلوات لمن كان بالأمصار، ولا فرق بين أن يصلى هذه الصلوات فى جماعة أو فرادى فى بلد كان أو فى قرية فى سفر كان أو فى حضر صغيرًا المصلى أو كبيرًا رجلاً كان أو امرأة.

مذهب الإباضية :

حكمه ووقته وصفته :

جاءَ فى كتابِ [الذهبِ الخالصِ]: أنه نُدِبَ التكبيرُ أيامَ التشريق وصباحِ العيدين قبل صلاتها بأنْ يُقال: اللهُ أكبر اللهُ أكبر لا إله إلا الله اللهُ أكبر ولله الحمد، وروى أن التكبير من أول ليلة الفطر إلى صلاة عيده آكد منه فى عيد الأضحى وأيامِ التشريقِ، وجاءَ فى الإيضاحِ تفسيرًا لقول الله تعالى: ﴿ واذكروا الله فى أيام معدودات ﴾ يعنى ثلاثةَ أيامٍ بعدَ يومِ النحرِ بمنى أيامِ التشريقِ إذا رَميتُم الجمارَ فى دبرِ الصلاةِ وغيرِها، وذكر أن عمرَ بن الخطاب رضي الله عنه تعالى عنه كان يكبرُ فى مبيتهِ بمنًى فيرفعُ صوتَه فيُسمع أهل مسجد منًى فيكبرُ أهلَ المسجدِ فيسمعُ أهل منًى فيكبرون كلهم حتى ترتجَ منًى تكبيرًا[٣].

(١) أخرجه الدار قطنى فى سُننه كتاب العيدين - باب التكبير
(٢) كتاب الخلاف فى الفقه: ١ / ٢٦٨
(٣) الذهب الخالص: ١ / ٢٠٤.

الصوم فى أيام التشريق

مذهب الحنفية :

جاء فى [بدائع الصنائع]: الأيامُ كلها محلٌّ للصومِ إلا أنه يُكرهُ الصومُ فى بعضها ويُستحبُ فى البعضِ، أما الصيامُ فى الأيامِ المكروهةِ فمنها صومُ يومى العيدِ وأيامِ التشريقِ، وقيل، لا يجوزُ الصومُ فى هذه الأيامِ وهو روايةُ أبى يوسف وعبد الله بن المباركِ عن أبى حنيفةِ احتجاجًا بالنهى الواردِ عن الصومِ فيها وهو مارواه أبو هريرة رضى الله تعالى عنه عن النبى ﷺ أنه قال: «الا لا تصوموا فى هذه الأيام فإنها أيامُ اكلٍ وشربٍ وبعالٍ»[٤] والنهى للتحريم ولأنه عينَ هذه الأيامَ لأضداد الصوم فلا تبقى محلاً للصوم، والجواب أن ما ذُكرَ من النصوصِ والمعقولِ يقتضى جوازَ الصوم فى هذه الأيام فيُحملُ النهىُ على الكراهة، ويُحمل التعينَ على الندبِ والاستحبابِ توفيقًا بين الدلائلِ بقدر الإمكانِ، وعندنا يكرهُ الصومُ فى هذه الأيام، والمستحبُ هو الإفطار[٥] وأما بالنسبة للنذر فقد جاء فى البدائع: هل يَصحُ النذرُ بصومِ يومى العيدِ وأيامِ التشريقِ؟ روى محمد عن أبى حنيفة رحمهما الله تعالى: أن يَصحُ نذرُه لكن الأفضلُ أن يفطرَ فيها ويصومُ فى أيامٍ أخر، ولو صام فى هذه الأيام يكونُ مسيئًا لكنه يَخرجُ عنه النذرُ؛ لأنه أوجبَ ناقصًا وأداه ناقصًا، وروى أبو يوسف عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى: أنه لا يَصحُ نذرُه ولا يلزمُه شىء، وهكذا روى عبد الله بن المبارك عن أبى حنيفة، وهو قول زفر والمسألة مبنية على جواز صوم هذه الأيام وعدم جوازه[٦].

(٤) أخرجه أحمد فى مسنده حديث رقم ١٠٤٩٦ والبيهقى فى السُنن الكبرى : ٢/١٦٥
(٥) بدائع الصنائع: ٢ / ٧٧.
(٦) السابق: ٢ / ٧٩.

مذهب المالكية :

جاء فى [مواهب الجليل] إن الزمنَ الذى يباحُ فيه قضاءَ رمضان هو كلُ زمانٍ أبيحَ صَومُه غيرَ رمضانٍ فخرجَ بقولِه: أبيحَ صومُه ما حَرُمَ صومُه كيوم الفطرِ والنحرِ واليومان بعدَه، وما كُرِهَ صومُه كاليوم الرابعِ قال فى الشاملِ: فإن وقعَ فى يوم عيدٍ لم يُجزِه كالأيامِ المعدوداتِ على المشهور[1].

وجاء فى [التاج والإكليل] : قال فى المدونة قالَ مالكُ: من نذَر صومَ سنةٍ بغيرِ عينها صامَ اثنى عشرَ شهرًا ليس فيها رمضانُ، ولا يومُ الفطرِ ولا أيامُ النحرِ، وفى المختصر وغيرهِ ولا أيامِ منى وهذا أبيَنُ؛ لأنها سنة بغيرِ عينها، فصار اليومُ الرابعُ لم يُنذرْه، وهو لا يصومُهُ عنده إلا من نذَره، أما إذا سمى سنة بعينها فقال فى المدونة قال مالكُ: إن نذَر صوم سنةٍ بعينِها صامها، وإن أفطر منها يومَ الفطرِ وأيامَ الذبحِ ويصومُ آخِرَ أيامِ التشريقِ؛ لأنه قد نَذَرَهُ ولا قضاءَ عليه فيهن ولا فى رمضانِ إلا أن ينوىَ قضاءَ ذلك. قال الباجى: الذى قالَ به مالكُ وفقهاءُ الأمصارِ إنَ أيامَ التشريقِ لا يصومَها إلا المتمتعِ الذى لا يجدُ هديًا، وفى مواهب الجليل: قال الشبيبى: واختُلِفَ فى اليومينِ اللذينِ بعدَ يومِ النحرِ لغيرِ المتمتعِ الذى لا يجدُ هديًا، أو من كان فى معناهُ فيُمتعُ على المشهورِ من المذهب، وأما اليومُ الرابعُ فيُكرهُ صومُه على المشهورِ إلا لمن كانَ فى صيامٍ متتابعٍ أن نَذَره ثم قال، وفى صيامِ اليومين اللذينِ بعد يومِ النحرِ لغيرِ المتمتع وشبهه قولان بالتحريم والكرهةِ وفى صيامِ اليومِ الرابع ثلاثةُ أقوالٍ والكراهة، وهو المشهور إلا لمن نَذره، أو كانَ فى صيامِ متتابعٍ قبلَ ذلك وقيلَ بإباحته، وقيل بتحريمه[2].

مذهب الشافعية :

جاء فى [المجموع]: أنه لا يجوزُ أن يصومَ أيامَ التشريقِ صومًا غير صوم التمتعِ، فإن صامَ لم يصحَ صومَه؛ لما روى أبو هريرة أن النبى ﷺ «نهى عن صيام ستةِ أيامٍ يومَ الفطرِ ويومَ النحرِ وأيامُ التشريقِ واليومَ الذى يُشكُ فيه أنه من رمضانٍ[4]»، وهل يجوز للمتمتع صومِه فيه قولان قال فى القديم يجوزُ، لما روى عن ابن عمر وعائشة أنهما قالا «لم يُرخِص فى أيامِ التشريقِ إلا المتمتعِ لمن لم يجدِ الهدىَ»، وقالَ فى الجديد: لا يجوزُ؛ لأن كلَ يومٍ لا يجوزُ فيه صومُ غيرِ المتمتع لم يجز فيه صومُ التمتع كيومِ العيدِ، وحديث أبى هريرة هذا رواه البيهقى بإسناد ضعيفٍ عن أبى هريرة: «أن النبى ﷺ نهى عن صيامٍ قبلَ رمضانٍ بيومٍ والأضحى والفطرِ، وأيامِ التشريقِ ثلاثةٍ بعدَ يومِ النحرِ»[5] هذا لفظه وضُعفَ إسنادُه ويغنى عنه حديثُ نبيشه الصحابى رضى الله تعالى عنه قال: قال رسول الله ﷺ: أيامُ التشريق أيامُ أكلٍ وشربٍ وذكرٍ لله تعالى»[6] رواه مسلم وعن كعب بن مالكٍ أنَ النبىَ ﷺ بعثَهُ وأنس من الحدثانِ أيامِ التشريقِ (فنادى أنهُ لا يدخل الجنة إلا مؤمنٍ وأيامُ

(١) مواهب الجليل: ٢ / ٤٠٢
(٢) التاج والإكليل: ٢ / ٤٥٢.

(٣) مواهب الجليل: ٢ / ٤٥٢.
(٤) أخرجه الطبرانى فى المعجم الصغير: ٢٣٦/٢.
(٥) السنن الكبرى: ٢٠٨/٤.
(٦) أخرجه مسلم فى صحيحه، كتاب الصيام ـ باب تحريم صوم أيام التشريق.

التشريقِ أيامُ أكلٍ وشربٍ رواه مسلم[1] وعن عقبة عن بن عامر قال: قال رسول الله ﷺ: (اليومُ يومُ عرفةٍ ويومُ النحرِ وأيامُ التشريقِ عيدُنا أهلِ الإسلامِ، وهى أيامُ أكلٍ وشربٍ)[2] رواه أبو داود والترمذى والنسائى قال الترمذى، حديثٌ حسنٌ صحيحٌ، وعن عمرو بن العاصِ قالَ: هذه الأيامَ التى كان رسولُ الله ﷺ يأمرُنا بإفطارها وينهى عن صيامِها[3] قال مالكٌ: هى أيامُ التشريقِ رواه أبو داود وغيرُه بإسنادٍ صحيحٍ على شرطِ البخارى ومسلمٍ، وأما ماذكره النووى عن ابن عمر وعائشة فى صومِ المتمتعِ فصحيحٌ، رواه البخارى فى صحيحه، ولفظه عن عائشة وابن عمر قالا: «لم يرخص فى أيامِ التشريق أن تصم إلاَّ لمن لم يجد الهدىَ» وفى رواية للبخارى عنهما قالا: «الصائمُ لمن تمتعَ بالعمرةِ إلى الحجِ إلى يومِ عرفةٍ فإن لم يجد هدياً ولم يصمْ صامَ أيامَ منى».[3] وفى صومِ أيامِ التشريقِ قولان مشهورانِ ذكرَهُما النووى بدليلِهما أحدُهما وهو الجديدُ: لا يصحُ صومُها لا لمتمتعٍ ولا غيرِه هذا هو الأصحُ عند أصحابِ الشافعى، والقولُ الثانى: وهو القديمُ يجوز للمتمتع العادمِ الهدىَ صَومُها عن الأيامِ الثلاثةِ الواجبةِ فى الحجِ، قال أصحابُنا الذين حكوا الوجه الثانى: إنما يجوز فى هذهِ الأيامِ صومٌ له سببٌ من قضاءٍ أو نذرٍ أو كفارةٍ أو تطوعٍ له سبب فأما تطوعٌ لا سببَ له فلا يجوزُ فيها بلا خلافٍ، كذا نُقِلَ اتفاقُ الأصحابِ عليه؛ القاضى أبو الطيب والمحاملى والسرخى وصاحب العدة وآخرون وأكثرُ القائلين قالوا: هو نظيرُ الأوقاتِ المنهى عن الصلاة فيها، فإنه يُصلى فيها مالها سببٌ دون مالا سببَ لها قال السرخسى: وعلى هذا الوجهِ لو نَذَرَ صومَها بعينِها فهو كنذرِ صومِ يومِ الشكِ هذا هو المشهورُ فى المذهب. أن الوجه القائلُ بجواز الصومِ فى أيامِ التشريقِ لغيرِ المتمتعِ مختصُ بصومٍ له سببٌ، ولا يصحُ فيها مالا سبَب له بالاتفاقِ.[4]

مذهب الحنابلة :

جاءَ فى [المغنى]: أنه لا يُصامُ يوما العيدين ولا أيامَ التشريقِ لا عن فرضٍ ولا عن تطوعٍ، فإن قصدَ لصيامِها كان عاصيا ولم يجزئه عن الفرضِ. وفى صومِ أيام التشريقِ عن أبى عبد الله رحمه الله تعالى رواية أخرى أنه يصُومها عن الفرضِ، وجملة ذلك أن أيامَ التشريقِ منهى عن صيامِها أيضًا؛ لما روى نبيشةُ الهذلىُ قالَ: قال: رسول الله ﷺ: «أيامُ التشريقِ أيامُ أكلٍ وشربٍ وذكرٍ لله عز وجل»[5] متفقٌ عليه. وأما صومُها للفرضِ ففيه روايتان «إحداهما: لايجوز؛ لأنه منهيٌ عن صومِها فأشبهت يومى العيدين، والروايةُ الثانيةُ: يصحُ صومها للفرضِ لما روى ابن عمرو وعائشة أنهما قالا: لم يرخص فى أيامِ التشريقِ أن يُصَمنَ إلاَّ لمن لم يجدْ الهدىَ أى المتمتعُ إذا عُدِمَ الهدىُ، وهو حديث صحيح رواه البخارى[6] ويقاس عليه كل مفروض. فإن لم يَصُم المتمتعُ قبلَ يومِ النحرِ صامَ أيامَ منى. وعنه لا يصومُها ويصومُ بعدَ ذلك عشرةَ أيامٍ والقولُ بصومِ أيامِ منى.

(1) أخرجه مسلم فى صحيحه كتاب الصيام ـ باب تحريم صوم أيام التشريق)
(2) أخرجه أبو داود فى سُننه كتاب الصوم ـ باب صيام أيام التشريق والترمذي كتاب الصوم عن رسول الله ﷺ ـ باب النهى عن صيام أيام التشريق.
(3) أخرجه البخاري ، كتاب الصوم ـ باب صيام أيام التشريق.
(4) المجموع شرح المهذب: ٦ / ٤٤١.
(5) أخرجه البخارى، كتاب الصيام ـ باب صيام أيام التشريق، ومسلم كتاب الصيام ـ باب تحريم صوم أيام التشريق.
(6) أخرجه البخارى، كتاب الصوم ـ باب صيام أيام التشريق.

قول ابن عمر وعائشة وعروة وعبيد بن عمر والزهري والأوزاعي وإسحاق؛ لما روى ابن عمر وعائشة رضى الله تعالى عنهما قالا: لم يرخص فى أيام التشريق أن يُصمن إلا لمن لم يجد الهدى رواه البخاري، وهذا يتصرف إلى ترخيص رسول الله ﷺ، ولأنَّ اللهَ تعالى أمرَ بصيامِ هذه الأيام الثلاثة فى الحجِ ولم يَبقَ من الحج إلا هذه الأيام فيتعينُ الصومُ فيها، فإذا صامَ هذه الأيامِ فحكمهُ حكمُ من صامَ قبلَ يومِ النحرِ، وعن أحمد رواية أخرى أنه لا يصومُ أيامَ منى روى مالك عن علي والحسنِ وعطاءِ وهو قول ابن المنذر؛ لأن النبي ﷺ نهى عن صوم ستةِ أيامٍ ذكرَ فيها أيامَ التشريقِ ولأنها لا يجوز فيها صوم النفل فلا يصومها عن الفرض كيوم النحرِ[١] وجاء فى كشاف القناع: أن من نذر المعصية نذر صومَ أيامِ التشريقِ فلا يجوزُ الوفاءُ به لقوله ﷺ: من نذَر أن يعصَ اللهَ فلا يعصه.. ويقضى الصومَ لانعقاد نذرِه فتصحُ منه القربةُ ويلغو تعينه لكونه معصيةً كنذرِ مريضٍ صومًا يخافُ عليه فيه ينعقدُ نَذرُه ويُحرمُ صومه، وحرمةُ صوم أيامُ التشريق ليس منافيا للصوم لمعنى فيه وإنما المعنى فى غيرهِ وهو كونهِ فى ضيافةِ اللهِ تعالى ويُكفر قاله ابن مسعود وابن عباس وعمران وسمرة رضى الله تعالى عنهم، ولقوله ﷺ «لا نذر فى معصية وكفارته كفارة يمين»[٢] رواه الخمسة من حديث عائشة.[٣]

وجاء فى موضع آخر. أن من نذَر صومَ يوم الخميسِ فوافقَ يوم عيدٍ أو حيضٍ أو أيامِ التشريقِ أفطرَ؛ لأن الشارعَ حرَّم صومه وقضى لأنه فاته ماندرَ صومُه وكفَر لعدمِ الوفاءِ بنذرِهِ وكما لو فاته لمرض.[٤]

(١) المغنى والشرح الكبير بتصرف: ٣ / ٩٧ ، ٩٨ ، ١٠٦.

(٢) أخرجه مسلم فى صحيحه، كتاب: النذر، باب لا وفاء لنذر فى معصية الله.

(٣) كشاف القناع: ٤ / ١٦١ ، ١٦٢.

(٤) المرجع السابق: ٤ / ١٦٤.

مذهب الظاهرية :

جاء فى [المحلى] : لا يجوزُ صيامَ أيامِ التشريقِ وهى ثلاثةُ أيامٍ بعدَ يومِ الأضحى لا فى قضاءِ رمضانٍ ولا فى نذرٍ ولا فى كفارةٍ ولا لمتمتعٍ بالحج لا يقدرُ على الهدي، حدثنا عبد الله بن ربيع حدثنا محمد بن إسحاق عن أبى مُرةَ مولى أم هانئ أنه دخلَ مع عبد الله عمرو بن العاص على أبيه عمرو بن العاص رضى الله عنهما فَقَرَّب إليهما طعامًا فقال: إنى صائمٌ، فقال له: كُل فهذه الأيامُ التى كان رسول الله ﷺ يأمرنا بإفطارها وينهانا عن صيامها، قال مالكٌ: هى أيامُ التشريقِ وعن نافعِ بن جبير بن مطعمٍ عن بشر بن سُحيم أن رسولَ اللهِ ﷺ أمرَهُ أن ينادى أيامَ التشريقِ أنه لا يدخل الجنةَ إلا مؤمنٌ، وأنها أيامُ أكلٍ وشربٍ[٥]، وجاءَ فى موضعٍ آخر: أن من نذرَ صومَ سنة فقد قال قوم: يصومُ اثنى عشر شهرًا لا يُعدُّ فيها رمضان ولا يوم الفطرِ والأضحى ولا أيامُ التشريقِ وفى هذا عندنا نظرٌ والواجبُ عندنا أن لا يلزمهُ شئٌ؛ لأن هذه الفُتيةُ إلزامُ له ما لم ينذرُه؛ لأن اسمُ سنة لا يقعُ إلاَّ على اثنى عشر شهرًا متصلةً لا مبددةً؛ وهو لا يقدرُ على الوفاءِ بنذرهِ كما نذرهُ فلا يجوزُ أن يلزمَ ما لم يلزمهُ ولا نذرَه، ولا أن يلزم ما لم يكن وما ليس فى وسعه قال الله تعالى: ﴿لا يكلف الله نفسا إلاَّ وسعها﴾[٦] ومن ادعى ها هنا إجماعًا فقد كذبَ؛ لأنه لا يَقدرُ على أن يأتى فى ذلك برواية عن صاحبٍ أصلاً ولا نعلمُ فى ذلك قولاً عن تابعٍ، وجاء فى موضوع آخر. إن كان نَذَر صومَ أيامِ العيدِ وأيامِ التشريقِ وصومَ رمضان عن نذرِه فقد نَذَر الضلالَ والباطلَ وأمرًا مخالفًا لدين الإسلامِ فلا يلزمهُ نَذرَه ذلك؛ لأنه معصيةٌ ولا يلزمُ صومُ سائرِ الأيامِ؛ لأنه غيرُ ما نذرَ وكلُ طاعة مازجتها معصيةٌ؛ فهى كلُها معصيتُه لأنه لم يأتِ بالطاعةِ كما أمرَ، قال الله تعالى:

(٥) المحلى ٧ / ٢٨ وما بعدها.

(٦) سورة البقرة الآية : ٢٨٦

﴿وما أمروا إلا ليعبدوا الله مخلصين له الدين﴾[١] فإن نذرَ أن يصومَ سنةً حاشا رمضانِ والأيامِ المنهيَّ عن صيامها لزمَهُ ذلكَ؛ لأنه نذرُ طاعةٍ، وكذلك لو نذرَ صومَ شوالٍ أو صومَ ذي الحجةِ أو صومَ شعبانَ فلا يلزَمه شيٌّ لما ذكرنا إلا أن ينوى استثناءَ ما لا يجوزُ صومهِ من الأيامِ فليزَمه ذلك[٢].

مذهب الزيدية :

جاءَ في [شرحِ الأزهارِ] أنه إذا لم يجد المتمتعُ هديًا يسوقه فصيامُ ثلاثةِ أيامٍ أي وجب عليه صيام ثلاثة في الحجِ وسبعةٍ إذا رجع إلى أهلِه، فإن فاتت هذه الأيامُ الثلاثةُ التي آخرها يومُ عرفةَ فالواجبُ عليه أن يصومَ أيامَ التشريقِ وهي أيامُ منى. أنه لو نَذَرَ الناذرُ بصيامِ الليلِ لم ينعقد إلا أن يكونَ ذلك الوقتُ الذي يجبُ إفطارُه هو العيدان وأيام التشريقِ، فإن النذرَ بصيامِها ينعقدُ فيصومُ أيامًا غيرَها قدرها؛ لأن الصيامَ فيها لا يجوزُ ولا يجزئُ عندنا، وقال المؤيدُ باللهِ: إن صومَها يجوزُ ويجزئُ، ومثله عن محمدِ بن يحيى، وقال الناصرُ: إن النذرَ بصيامِها لا ينعقدُ[٣]. وجاء في موضعٍ آخر: من نذرَ صومَ شهرٍ معينٍ نحو أن يقولَ: للهِ عليَّ صومُ شهرِ رجبٍ أو شهرَ ذي الحجةِ أو نحو ذلك فيلزمُه النذرُ على هذه الصفةِ كرمضانَ يعني أنه في الأداءِ يلزمُه المتابعةُ وإن لم ينوها في نذرِه ويُفطرُ الزمانَ الذي يجبُ فيه الفطرِ كالعيدينِ وأيامِ التشريقِ ولا يستأنف الصيامَ.[٤]

مذهب الإمامية :

جاء في [الخلافِ في الفقهِ]: أنه لا يجوزُ صيامُ أيامِ التشريقِ في بدلِ الهدي في أكثرِ الرواياتِ، وعند المحصلين من أصحابِنا، وبه قال عليٌّ عليه السلام في الصحابةِ وإليه ذهبَ أهلُ العراقِ. دليلنا إجماعُ الفرقةِ على أن صومَ أيامِ التشريقِ محرَّمٌ لمن كان بمنى وروى أبو هريرة رضي الله تعالى عنه أن النبي ﷺ «**نهى عن صيامِ ستةِ أيامٍ يوم الفطرِ ويومِ الأضحى وأيامِ التشريقِ واليوم الذي يُشك فيه من رمضان**»[٥] وروى عمرو بن سليم عن أبيه قال: بينما نحنُ بمنى إذ أقبلَ عليٌّ بن أبي طالب رضي الله عنه على جملٍ أحمرٍ يُنادي أن الرسول ﷺ قال «**إنها أيامُ أكلٍ وشربٍ فلا يصومن أحدٌ فيها**»[٦] ولا يصومُ التطوعَ ولا صومًا واجبًا عليه ولا صومًا نَذَره فيها يَقضيها ولا صومًا له به عادةٌ في أيامِ التشريقِ، هذا إذا كان بمنى فأما إذا كان في غيرها من البلدانِ فلا بأسَ أن يَصومَهُن دليلنا إجماع الفرقة، وأيضًا فإن النهيَ عامٌ عن صومِ هذهِ الأيامِ فوجبَ حملُها على عمومِها، فأما الفرق بين منى وغيرَها من الأمصارِ فالمرجعُ فيه ما روتهُ الطائفةُ فقط.[٧]

مذهب الإباضية :

جاء في [شرحِ النيلِ]: أنه لا يُصام أيام التشريقِ وكما استثناه النبي ﷺ بقوله ﷺ في أيامِ التشريقِ **إنها أيامُ أكلٍ وشربٍ وبعولة**[٨][٩]، وجاء في موضعٍ آخر: لا يصام في ستة أيام من السنة يوم الفطر ويوم الأضحى، ومن صام في أحدهما مع علمه به هلك، كما أنه لا يصام بعد يوم الأضحى ثلاثة بعده، وهي أيام التشريقِ[١٠]... ولا يصام يومِ الشكِ.

---

(١) سورة البينة الآية: ٥.
(٢) المحلى: ٧ / ١١
(٣) شرح الأزهار: ٢ / ٥٢.
(٤) المرجع السابق: ٢ / ٤٣.

(٥) سبق تخريجه.
(٦) سبق تخريجه.
(٧) الخلاف في الفقه: ١ / ١٤٦.
(٨) سبق تخريجه
(٩) شرح النيل: ٢ / ٢٥٠، ٢٥١.
(١٠) المرجع السابق: ٢ / ٢٦٤.

ما يفعله الحاج فى أيام التشريق

مذهب الحنفية :

١- المبيت بمنى : جاء فى [بدائع الصنائع]: أن الحاجَ يرجعُ للمبيتِ بمنى فى يومِ النحرِ عَقبِ طواف الزيارة، ولا يَبِيتُ بمكة ولا فى الطريق وذلكَ هو السنَّة ،لأن النبى ﷺ هكذا فعلَ ويَكرهُ أن يَبِيتَ فى غيرِ منى فى أيام منى فإن فَعل، فلا شيءَ عليه ويكونُ مسيئًا؛ لأنَ البيتوتَة بها ليستْ بواجبةٍ بل هى سنةٌ ودليلُنا: ما رُوى أن رسول الله ﷺ أرخص للعباس أن يبيت بمكة للسقاية[١] ولو كان ذلك واجبًا لم يكنْ العباسُ يتركُ الواجبَ لأجل السقاية، ولما كان النبى ﷺ يرخص له فى ذلك وفعل النبى ﷺ محمول على السنة[٢].

٢- رمى الجمار: جاء فى [بدائع الصنائع] وإذا بات الحاج بمنى فإذا كان من الغد وهو اليوم الأول من أيام التشريق والثانى من أيام الرمى فإنه يرمى الجمار الثلاث بعد الزوال فى ثلاثة مواضع أحدها المسمى بالجمرة الأولى وهى التى تلى مسجد الخيف وهو مسجد إبراهيم عليه الصلاة والسلام فيرمى عندها سبع حصيات، ثم يأتى الجمرة الوسطى فيفعل بها مثل ما فعل بالأولى، وجمرة العقبة فيفعل مثل ما فعل بالجمرتين الأولتين إلاّ أنه لا يقفُ للدعاء بعد هذه الجمرة بل ينصرف إلى رحله، لما روى أن رسول الله ﷺ رمى الجمار الثلاث فى أيام التشريق وابتدأ بالتى تلى مسجد الخيف ووقف عند الجمرتين، ولم يقف عند الثالثة[٣].

(١) أخرجه البخارى فى صحيحه، كتاب الحج ـ باب سقاية الحج، ومسلم، كتاب الحج ـ باب وجوب المبيت بمنى ليالى أيام التشريق.
(٢) بدائع الصنائع: ١٥٩/٢.
(٣) المرجع السابق.

٣- النزول بالمحصب والصلاة فيه بعد النفر من منى: جاء فى [تبيين الحقائق]: أنه بعد رمى الجمارِ يذهبُ الحاجُ إلى المُحَصب وهو الأبطحُ، وينزلُ به فإذا وصلَ إليه دَعا ساعةً والنزولُ فيه سنةٌ عندنا، ودَليلُنا: أن النبى ﷺ قال: نحنُ نازلونَ غدًا بخيفِ بنى كنانة حيثُ تقاسمت قريشُ على كفرِهم، وذلك أن بنى كنانة حالفت قريشًا على بنى هاشم ألاَّ يُناكحُوهم ولا يُبَايِعوهم ولا يُؤوُهم حتى يُسلمو إليهم محمدًا ﷺ وتمالئوا على مقاطعتهم[٤]. فعلم أنَ نُزولَه كان قصدًا وقال ابن عمر ﷺ: النزول به سنةٌ فقيل له: إن رجلاً يقول ليس بسنةٍ فقال: كذب أناخَ به رسولُ الله ﷺ وأبو بكر وعمرُ وعثمانُ. وأى سنة أقوى من هذا فإنه فَعلهُ عليه الصلاة والسلام قصدًا وفعلِ الخلفاءِ من بعدهِ قد ثبتَ فيه، وإذا نَزلَ به فإنه يُصلى فيه الظهر والعصرَ والمغربَ والعشاءَ ثم يهجع هجعة ثم يدخل مكة[٥].

٤ ـ طواف الإفاضة: جاءَ فى [بدائع الصنائع]: طواف الإفاضة من الأعمالِ التى يُمكنُ أن تُؤدى فى أيام التشريق وهو ركنٌ من أركانِ الحجِ، وأولُ وقته حين يطلع الفجرُ الثانى من يومِ النحرِ بلا خلافٍ بين أصحابِنا حتى لا يجوزُ قبلَه، وليس لآخره زمانٌ معينٌ مؤقتٌ به فرضًا، بل جميعُ الأيام والليالى وقتهُ فرضًا بلا خلافٍ بين أصحابنا .

(٤) رواه البخاري، كتاب الحج، باب النزول بالمحصب.
(٥) تبيين الحقائق شرح كنز الرقائق: ٣٥/٢، ٣٦.

٥- **طواف الوداع الصدر :** جاء فى [بدائع الصنائع] طواف الصدر من الأعمال التى يمكنُ أن تؤدّى فى أيام التشريقِ وهو واجب؛ لما روى عن النبى ﷺ أنه قال: (**من حجَ هذا البيت فليكن آخرُ عهده به الطواف**)[١] ومطلق الأمر لوجوب العمل، ولكنه يجب على أهل الآفاق ولا يجبُ على أهلِ مكة، ولا من كان نُزلُه داخل المواقيت إلى مكة فليس على هؤلاء طوافُ الصدر إذا حجوا، لأن هذا الطواف إنما وجب توديعًا للبيت، ولهذا يُسمى طوافُ الوداعِ ويُسمى طوافُ الصدرِ لوجوده عند صدور الحجاج ورجوعهم إلى وطنهم، وهذا لا يوجد فى أهل مكة؛ لأنهم فى وطنهم، وأهل المواقيت فى حكم أهل مكة فلا يجبُ عليهم كما لا يجب على أهل مكة. وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: أحبّ إلىّ أن يطوفَ المكى طواف الصدر: لأنه وضع لختم أفعال الحج، وهذا المعنى يوجد فى أهل مكة[٢].

٦- **حكم الإحرام بالعمرة فى أيام التشريق:** جاء فى [تبين الحقائق]: العمرة تصح فى أيام السنة كلها، وتكره يوم عرفة ويوم النحر وأيام التشريق؛ لما روى عن ابن عباس رضي الله عنهما: لا تعتمر فى خمسة أيام واعتمر فيما قبلها وبعدها، وعن عائشة رضى الله تعالى عنها أنها قالت: حلت العمرة فى السنة كلها إلا أربعة أيام يوم عرفة ويوم النحر ويومان بعده رواه الهدوى، وفى رواية أخرى أنها قالت: وقت العمرة السنة كلها إلا يوم عرفة ويوم النحر وأيام التشريق، والظاهر أنها قالت ذلك

(١) شرح معانى الآثار: ٢ / ٢٣٥.
(٢) بدائع الصنائع: ٢/١٤٢.

سماعا من رسول الله ﷺ لأنه باب لا يدرك بالاجتهاد، ولأن هذه الأيام أيام شغل الحاج بأداء الحج والعمرة فيها تشغلهم عن ذلك، وربما يقع الخلل فيه فيكره، ولأن هذه أيام الحج فتعينت له قال الشلبى نقلاً عن الغاية فى عامة كتب الأصحاب: إنه يكره فعلها فى هذه الأيام وفى المصفى والنهاية الشاهية أن المراد بقوله: يكره فعلها أى يكره إنشاء الاحرام بالعمرة في هذه الأيام. أما لو كان قارنًا أو فاته الحج فإنه يجوز أداء أفعالها فى هذه الأيام بلا كراهة كما فى سائر الأيام، وفى التحفة القنية: يُكره فى خمسة أيام إلا إذا قصدَ القران أو التمتع بل فعلها فيها حينئذ أفضل فى حق الآفاقى[٣].

مذهب المالكية :

١- **المبيت بمنى :** جاء فى [حاشية الدسوقى على الشرح الكبير]: أنه إذا طاف الحاجُ طوافَ الإفاضة يوم النحر يجب عليه الرجوعُ إلى منى للمبيت فيها ثلاثًا من الليالى إن لم يتعجل وليلتان إن تعجل، فإن ترك المبيت بمنى وبات دونها جهة مكة جل ليلةً فأكثر فعليه دمٌ، ولو كان التركُ لضرورة كخوف على متاعه وهذا ما يقتضيه مذهب مالك حسبما رواه عنه ابن نافع، والتعجيل يكره للإمام وهو أمير الحج، أما بالنسبة لغيره فهو جائز، بشرط أن يجاوز جمرة العقبة قبل غروب الشمس من اليوم الثانى من أيام الرمى فإن لم يجاوزها إلا بعد الغروب لزمه المبيت بمنى ورمى فى اليوم الثالث، هذا إذا كان

(٣) تبين الحقائق: ٢/٨٢.

المتعجل من أهل مكة، أما إن كان من غير أهل مكة فلا يشترط خروجه من منى قبل غروب الشمس من اليوم الثانى، وإنما يشترط نية الخروج قبل الغروب من اليوم الثانى(١).

٢ - رمى الجمار: جاء فى [حاشية الدسوقى على الشرح الكبير]: أن الحاج إذا عاد إلى منى يوم النحر فإنه يرمى كل يوم بعد يوم النحر الجمار الثلاث كل واحدة بسبع حصيات يبدأ بالتى تلى مسجد منى ثم الوسطى التى بالسوق وختم بالعقبة. ووقت أداء رمى الجمار كلّ يومٍ من الزوال للغروب، والليل عقيب كل يوم يعتبر قضاء له فيلزم الدم بالتأخير إليه ولو بحصاة من جمرة(٢).

٣ - النزول بالمحصب: جاءَ فى [حاشية الدسوقى على الشرح الكبير]: أنه يندب تحصيب الراجع من منى لمكة أى نزوله بالمحصب ليصلى به أربع صلوات الظهر والعشاء وما بينهما، وهذا بالنسبة لغير المتعجل ولم يكن رجوعه من منى يوم جمعة وإلاَّ فلا يندب التحصيب، ومحل ندب صلاة الظهر به إذا وصله قبل ضيق وقتها بأن وصله قبل العصر بمقدار ما يصلى صلاة الظهر أما لو ضاق عليه الوقت جداً بحيث يدخل وقت العصر قبل أن ينزل به فإنه يصلى الظهر حيث أدركه الوقت ولا يؤخرها للمحصب، وسواء كان الراجعُ من منى آفاقيًا أو مكيًا أو مقيمًا بمكة وعلةُ ندبِ النزول بالمحصب فعل النبى ﷺ شكرًا لله تعالى وذلك؛ لأن المحصب هو الموضع الذى تحالفت فيه قريش على أنهم لا يبايعون بنى هاشم ولا يناكحونهم ولا يأخذون منهم ولا يعطونهم فنزل النبى ﷺ وذكر الله فيه شكرًا له حيث أظفره ونصره على أعدائه فكان مجلسًا لسوء جعله الله سبحانه وتعالى مجلسًا لخير(٣).

٤- حكم الإحرام بالعمرة فى أيام التشريق:

جاء فى [شرح مختصر خليل للخرشى]: أن وقت الإحرام للعمرة مفردة تكون فى أى وقت من السنة ولو فى أشهر الحج ويوم عرفة ويوم النحر وأيام التشريق، ويعمل هو عمل العمرة والناس فى الوقوف بعرفة لأمر عمر ﷺ لأبى أيوب الأنصارى وصبار ابن الأسود لما قدما عليه يوم النحر وقد فاتهما الحج لاعتلال الأول راحلته ولخطأ الثانى فى العودة فأمرهما سيدنا عمر ﷺ أن يتحللا من إحرامهما بالحج ويقضياه قابلاً ويهديا(٤). كما فى الموطأ وما روى عن السيدة عائشة رضى الله تعالى عنهما من أنها قالت: السنة كلها للعمرة إلا خمسة يوم عرفة ويوم النحر وأيام التشريق، قال سند: إن صح ذلك عنها فإنه يحمل على المحرم بالحج، قال الخرشى: أما المحرم بالحج سواء كان مفردًا أو قارنًا فيمنع ويفسد إحرامه بالعمرة، ولا يحرم بالعمرة إلاَّ بعد تحلله أى بعد فراغه من الطواف والسعى وجميع الرمى من آخر أيامه، فإن أحرم بالعمرة قبل فراغه من أعمال الحج فلا ينعقد إحرامه، ولا يلزمه قضاؤها وإحرامه بالعمرة بعد الفراغ من الطواف والرمى وقبل غروب الشمس من آخر أيام الرمى مكروه، وسواء كان قد تعجل فى يومين أو لم يتعجل وتنعقد، قال سند رحمه الله تعالى: إلاَّ أنه يمنع من فعلها حتى يخرج وقت

(١) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير: ٢/ ٤٨، ٤٩.
(٢) المرجع السابق: ٢ / ٥٠.
(٣) السابق: ٢/ ٥٢، ٥٣.
(٤) أخرجه مالك فى الموطأ كتاب الحج ـ باب من فاته الحج.

الحج قال محمد رحمه الله تعالى: فإن جهل فأحرم فى آخر أيام الرمى قبل غروب الشمس وقد كان تعجل أو لم يتعجل فقد رمى فى يومه، فإن إحرامه يلزمه ولكن لا يحل حتى تغيب الشمس وإحلاله قبل ذلك باطل أى لا يطوف حتى تغرب الشمس، فإن وطيء بعد ذلك الإحلال أفسد عمرته وليقضها بعد تمامها ويهدى قال بعض شيوخنا رحمهم الله تعالى: ويكون خارج الحرم حتى تغيب الشمس ولا يدخل الحرم؛ لأن دخوله الحرم بسببها عمل لها وهو ممنوع من عملها قبل مغيب الشمس[1].

مذهب الشافعية :

١- رمى الجمار والمبيت بمنى

جاء فى [المهذب] : أنه إذا فرغ الحاج من الطواف رجع إلى منى وأقام بها أيام التشريق يرمى فى كل يوم الجمرات الثلاث كل جمرة بسبع حصيات؛ فيرمى الجمرة الأولى وهى التى تلى مسجد الخيف ثم يرمى الجمرة الوسطى، ثم يرمى الجمرة الثالثة؛ وهى جمرة العقبة ولا يقف عندها.

فإن نسى حصاة ولم يعلم من أى الجمار تركها جعلها من الجمرة الأولى ليسقط الفرض بيقين، ولا يجوز الرمى فى هذه الأيام الثلاثة إلا بعد الزوال؛ لأن عائشة رضى الله تعالى عنها قالت: أقام رسول الله ﷺ أيام التشريق الثلاث يرمى الجمار الثلاث حين تزول الشمس، فإن ترك الرمى، فى اليوم الثالث سقط الرمى لأنه فات أيام الرمى ويجبُ عليه دمٌ لقول رسول الله ﷺ: (من ترك نسكًا فعليه دم)[٢] فإن ترك الرمى فى اليوم الأول إلى اليوم الثانى، أو ترك الرمى فى اليوم الثانى إلى الثالث فى المشهور من المذهب أن الأيام الثلاثة كاليوم الواحد، فما ترك فى الأول يرميه فى اليوم الثانى، وما تركه فى اليوم الثانى يرميه فى اليوم الثالث، والدليل عليه أنه يجوز لرعاة الإبل أن يؤخروا رمى يوم إلى يوم بعده فلو لم يكن اليوم الثانى وقتًا لرمى اليوم الأول لما جاز الرمى فيه، وقال فى الإملاء: رمى كل يوم مؤقت بيومه، والدليل عليه أنه رمىٌ مشروعٌ فى يوم ففات بفواته كرمى اليوم الثالث، فإن تدارك عليه رمىُ يومين أو ثلاثة أيام فإن قلنا بالمشهور بدأ ورمى عن اليوم الأول ثم عن اليوم الثانى ثم عن اليوم الثالث، فإن نوى بالرمى الأول عن اليوم الثانى ففيه وجهان أحدُهما: أنه لا يُجزئه؛ لأنه تركَ الترتيبَ والوجهُ الثانى: أنه يجزئهُ عن الأولِ؛ لأن الرمَى مستحق عَن اليوم الأول فانصرفَ إليه كما لو طافَ بنيةِ الوداع وعليه طوافُ الفرض، وإن قلنا بقوله فى الإملاء إن رمَى كلِ يومٍ مُوقتٌ بيومهِ وفاتَ اليومُ ولم يرمْ ففيه ثلاثة أقوالٍ: أحدُها: أن الرمَى يَسقطُ وينتقلُ إلى الدمِ كاليوم الأخيرِ القولُ الثانى: أنه يَرمى ويريق دمًا للتأخيرِ كما لو أخَر قضاءَ رمضان حتى أدركَهُ رمضانُ آخرَ فإنه يَصومُ ويَفدِى. القولُ الثالثُ: أنه يَرمى ولا شيءَ عليه[٣].

(١) شرح الخرشى على مختصر خليل: ٢/ ٣٠٠.

(٢) سُنن الترمذى، كتاب الحج ـ باب من حلق قبل أن يذبح أو نحر قبل أن يرمى.

(٣) المهذب: ١/ ٢٣٠.

المبيت بمنى : جاء فى [المهذب]. يبيتُ بمنى ليالى الرمى لأنَّ النبىَّ ﷺ فَعلَ ذلك. وهل يجبُ ذلكَ أو يُستحبُ فيه قولان أحدُهما: أنه مستحَبٌ؛ لأنه مبيت فلم يجب كالمبيتِ ليلةَ عرفة. القولُ الثانى: أنه يجبُ لأنَّ النبى ﷺ رخص للعباسِ فى تركِ المبيتِ لأجلِ السقايةِ فدلَّ على أنه لا يجوز لغيرِه تركُه. فإن قلنا: إنه يُستحبُ لم يجب بتركِه الدمُ وإن قلنا: يجبُ وجبَ بتركِه الدمُ فعلى هذا إذا تركَ المبيتَ فى الليالى الثلاثِ وجب عليه دمٌ، ويجوزُ لرعاةِ الإبلِ وأهلِ سقايةِ العباسِ ﵁ أن يَدعُو المبيتَ ليالى منىً ويَرمُوا يومًا ويَدعُو يومًا ثم يَرمُو ما فَاتَهم والدليل عليه ما روى ابن عمر ﵄ أن النبىَّ ﷺ رخصَ للعباسِ أن يبيتَ بمكةَ ليالىَ منى من أجل سقايته(1) وروى عاصم بن عَدى أن النبى ﷺ (رَخصَ لرعاةِ الإبلِ فى ترك البيتوتةَ يرمُون يَومَ النحرِ، ثم يُرمُون يومَ النفرِ فإن أقامَ الرعاةُ إلى أن تغربَ الشمسُ لم يجز لهم تَركُ المبيت، وإن أقامَ أهلُ السقايةِ إلى أن تغربَ الشمسُ جازَ لهم تركُ المبيت؛ لأن حاجةَ أهلِ السقايةِ بالليلِ موجودةٌ، وحاجةُ الرعاةِ لا تكونَ بالليلِ؛ لأن الرعَى لا يكونُ بالليلِ.

٢- النزول بالمحصب : جاء فى [المهذب]: ويستحب إذا خَرجَ من منى أن يَنزلَ بالمحصبِ؛ لما روى أنسٌ ﵁ أن رسولَ الله ﷺ صلى الظهرَ والعصرَ والمغربَ والعشاءَ ورقَد رقدةً فى المحصب ثمَ ركِبَ إلى البيتِ فطافَ به(2). فإن ترك النزولَ بالمحصب لم يُؤثر ذلكَ فى نُسكِه؛ لما رُوى ابن عباس رضى الله تعالى عنهما أنه قال: المحصبُ ليس بشىءٍ إنما هو مَنْزِلٌ نَزلَهُ رسول الله ﷺ وقالت عائشةُ رضى الله تعالى عنها: نزولُ المحصب ليس من النسكِ إنما هو مَنزلُ نَزلهُ رسول الله ﷺ(3).

٣- الإحرام بالعمرة : جاء فى [المهذب]: أما العمرةُ فإنها تجوزُ فى أشهرِ الحجِ وغيرِها؛ لما روت عائشةُ رضى الله تعالى عنها أن النبى ﷺ اعتمر عمرتين فى ذى القعدةِ وفى شوالٍ، وروى ابن عباسٍ رضى الله تعالى عنهما أن النبى ﷺ قال: عُمرةٌ فى رمضان تَعدلُ حجة»(4) ولا يكرهُ فعلُ عمرتينِ وأكثر فى سنة لما ذكرنَاهُ من حديث عائشة رضى الله تعالى عنها(5).

وجاء فى [مغنى المحتاج]: أن جميع السنةِ وقتٌ لإحرامِ العمرةِ، وجميعُ أفعالهَا ففى الصحيحين أنه ﷺ اعتمر ثلاث مرات متفرقات فى ذى القعدة(6) اى فى ثلاثةِ أعوامٍ، وأنه اعتمَرَ عمرةً فى رجب كما رواه ابن عمر ﵄ وإن أنكرتْه عليه عائشةُ رضى الله تعالى عنها وأنه قال: عمرة فى رمضان تعدلُ حجةً، وفى رواية لها «حجة معى» وروى أنه اعتمر فى رمضانٍ وفى شوالٍ فدلت السنةُ على عدمِ التأقيتِ وقد يمتنعُ الإحرامُ بها فى أوقات، منها ما لو كان مُحرِمًا بعمرة، ومنها ما لو كانَ مُحرِمًا بحجٍ، فإن العمرةَ لا تدخلُ على الحج، ومنها ما إذا أحْرَمَ بها قبلَ نَفرِه لاشتغاله بالرمى والمبيتُ فهو عاجزٌ عن التشاغلِ بعملِها قال الجوينى رحمه الله تعالى:

(1) سبق تخريجه
(2) أخرجه البخارى فى صحيحه، كتاب الحج، باب طواف الوداع.
(3) المهذب: ١/ ٢٣٠.
(4) رواه مسلم فى صحيحه، كتاب الحج ـ باب فضل العمرة فى رمضان
(5) المهذب: ١/ ٢٠٠.
(6) رواه أحمد فى مسنده: ٢/ ١٨٠ حديث رقم ٦٦٨٦ وعلق عليه شعيب الأرنؤوط بقوله: حسن لغيره، هذا إسناد ضعيف لضعف الحجاج ابن أرطاة

وليس لنا مُسلمٌ مكلفٌ حلال ولا ينعقد إحرامه بالعمرةِ إلا هذا واعترضهُ المصنفُ بأنه لو أحرمَ بها وهو مجامعٌ لا تنعقد على الصحيح ويؤخذُ من هذا امتناع حجتين في عامٍ واحدٍ وهو إجماعٌ كما نقله القاضي أبو الطيب، وقد يؤخذ منه أيضًا صحةُ إحرامه بالعمرةِ إذا قصد تركَ الرمي والمبيتِ وليس كذلك؛ وأما إحرامهُ بها بعد نفره فصحيح وإن كان وقتُ الرمي بعد النفر الأولِ باقيًا؛ لأن بالنفرِ خرجَ من الحجِ وصار كما لو مضى وقتُ الرمي نَقَلَه القاضي أبو الطيب عن نص الأم، وقال في المجموع: لا خلافَ فيه ويسنُ الإكثارُ منها ولو في العام الواحدِ فلا تكره في وقت ولا يكرهُ تكرارها فقد أعمر ﷺ وعائشةُ في عامٍ مرتين وإعتمرت في عام مرتين بعدَ وفاته ﷺ وفي رواية ثلاث عُمرٍ قالَ في الكفاية وفعلُها في يوم عرفةَ ويومَ النحرِ ليس بفاضلٍ كفضله في غيرها لأنَ الأفضل فعلُ الحج فيها(١).

مذهب الحنابلة :

١- المبيت بمنى : جاء في [كشاف القناع]: أن من أفاضَ إلى مكة بعد الطواف والسعي يرجعُ إلى منى فيبيتُ بها وجوبًا؛ لحديث ابن عباس رضي الله تعالى عنهما قال: لم يرخص النبي ﷺ لأحد يبيت بمكة إلا للعباس لأجل سقايته(٢).

ثلاث ليال إن لم يتعجل في يومين وليلتين إن تعجل، ويصلي بها ظهر يوم النحر نقله أبو طالب لحديث ابن عمر رضي الله عنه أن النبي ﷺ أفاض يوم النحر ثم رجع فصلى الظهر بمنى(٣).

جاء في [كشاف]: القناع وليس على أهلِ سقايةِ الحاجِ وهم سُقاةُ زمزمٍ على ما في المطلعِ والمستوعبُ والمبدعُ ولا على الرُعاءِ مبيتٌ بمنى ولا بمزدلفة لما روى ابن عمر أن العباس استأذنَ النبي ﷺ أن يبيت بمكة ليالي منى من أجل سقايته فأذن له(٤) وعن عاصمٍ قال: رخصَ رسول الله ﷺ لرعاء الإبلِ في البيتوتةِ وأن يرموا يومَ النحرِ ثم يجمعوا رميَ يومين بعد النحر فيرمونه في أحدهما(٥) فإن غَربتْ الشمسُ وهم - أي أهلُ سقايةِ الحجِ والرعاةُ بمنى لزمَ الرعاءُ - المبيت لانقضاء وقت الرعي وهو النهار دون أهل السقاية فلا يلزمهم المبيت، ولو غربت الشمس وهم بمنى؛ لأنهم يسقون بالليل وقيل: أهل الأعذار من غير الرعاء كالمريض ومن له مال خاف ضياعه ونحوه حكمهم حكم الرعاة في ترك البيتوتة، جزم به الموفق والشارح وابن تميمة. ولكل، حاج ولو أراد الإقامة بمكة التعجيل إن أحب لقول الله تبارك وتعالى: ﴿فمن تعجل في يومين فلا إثم عليه ومن تأخر فلا أثم عليه﴾(٦) الآية قال عطاء هي للناس عامةً بمعنى أهل مكة وغيرهم ولقوله عليه الصلاة والسلام: (أيام منى ثلاثة فمن تعجل في يومين فلا إثم عليه ومن تأخر فلا إثم عليه)(٧)، إلا الإمام المقيم للمناسك فليس له التعجيل لأجل من يتأخر من الناس، فإن أحب غير الإمام أن يتعجل في ثاني أيام التشريق وهو النفر الأول خرج من منى قبل غروب الشمس لظاهر الآية، والخير ولا يضره رجوعه إلى منى بعد ذلك لحصول الرخصة وأن غربت الشمس وهو بمنى لزم المبيت والرمي من الغد بعد الزوال، قال ابن المنذر: وثبت عن عمر رضي الله عنه أنه قال: من أدركه المساء في اليوم الثاني فليقم الغد ولينفر(٨).

(١) مغني المحتاج: ٤٥٦/١.
(٢) أخرجه ابن ماجه كتاب الحج - باب رخص لأهل السقاية المبيت بمكة.
(٣) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الحج - باب استحباب طوف الإفاضة يوم النحر.

(٤) سبق تخريجه.
(٥) سبق تخريجه.
(٦) سورة البقرة، الآية : ١٧٣.
(٧) أخرجه النسائي (كتاب الحج - باب ممن لم يدرك صلاة الصبح مع الإمام بالمزدلفة وأحمد في مسنده: ٣٠٩/٤ حديث رقم ١٨٧٩٦
(٨) كشاف القناع: ٦٣٢/١.

٢- رمى الجمار: جاء فى [كشاف القناع] ويرمى الجمرات بها فى أيام التشريق وهى أيامُ منى الثلاثة التى تلىَ يومَ النحرِ كُلَ يومٍ بعد الزوالِ لقولِ جابرٍ ﷺ: رأيتُ رسولَ الله ﷺ يَرمى الجمرةَ ضحى يومَ النحرِ، ورمىَ بعدَ ذلك بعد زوال الشمسِ[١] وقد قال عليه الصلاة والسلام: (لتأخذوا عنى مناسككم)[٢] وقال ابن عمرَ: كنا نَتحينُ إذا زالت الشمس رمينا وأى وقتُ رَمى بعدَ الزوالِ أجزاه إلا أن المستحب المبادرةُ إليها حينَ الزوالِ لقول ابن عمر: إلاَّ السقاة والرعاةَ فلهم الرمىُ ليلاً ونهارٌ للعذرِ ولو كانَ رميُهم يومٍ واحدٍ أو فى ليلةٍ واحدة من أيام التشريق، وإن رَمى غيرُهم أى غيرَ السقاة والرعاة قَبل الزوالِ أو ليلاً لم يُجزئه الرمىُ فَيُعيدُه وآخر وقتِ رمىِ كل يومٍ من أيام الرمىِ الأربعة إلى المغرب، لأنه آخرُ النهار؛ ويُستحبُ الرمىُ أيامِ منى قبلَ صلاةِ الظهرِ لقول ابن عباس رضى الله تعالى عنهما: كان رسول الله ﷺ يرمى الجمارَ إذا زالت الشمسُ قدرَ ما إذا فرغَ من رَمْيه صلى الظهر[٣].

ويَرمى كل جَمرةٍ من الثلاث بسبعِ حصيات واحدةُ بعدَ واحدةُ فيبدأ بالجمرة الأولى؛ وهىَ أبعدُهنُ من مكةٍ وتلى مسجد الخيف فيجعلها عن يساره ويرميها بالسبع حصيات، ثم يأتى الوسطى فيجعلها عن يمينه ويرميها كذلك بسبع حصيات ويقف عندها.

وإنّ آخرَ الرمى كُله مَع رمى يوم النحرِ بأن آخرَ رمى جمرةِ العقبةِ يومَ النحرِ ورمَى اليوم الأولِ والثانيِ من أيام التشريقِ فرمّاه آخرَ أيامِ التشريقِ أجزأه أداءً؛ لأنَ أيامَ الرمى كلها بمثابة اليوم الواحد؛ لأنها كلها وقتُ للرميِ فإذا أخره من أولِ وقتهِ إلى آخرِه أجزأه. وإن أخر الرمى كلّهُ عن أيام التشريقِ أو أخرَ جَمرةَ العقبةِ عن أيام التشريقِ أو تَركَ المبيتَ بمنى ليلةً أو أكثر مَن ليالى أيامِ التشريقِ فعليه دمُ لقول ابن عباس رضى الله تعالى عنهما: من ترك نُسكًا أو نَسيهُ فإنه يريق دمًا[٤].

٣- النزول بالمحصب: جاء فى [كشاف القناع]: يسن للحاج إذا نفر من منى نزوله بالأبطح وهو المحصب والخيف والبطحاء والحصبة وحده ما بين الجبلين إلى المقبرة فيصلى به الظهرين والعشاءين ويهجع ثم يدخل مكة قال نافع: كان ابن عمر رضى الله تعالى عنهما يصلى بها الظهر والعصر والمغرب والعشاء ويهج هجعة، وذكر ذلك عن رسول الله ﷺ[٥] وقال ابن عمر رضى الله تعالى عنهما: كان رسول الله ﷺ وأبو بكر وعمر وعثمان رضى الله تعالى عنهم ينزلون الأبطح[٦].

وقال ابن عباس رضى الله تعالى عنهما: التحصيب ليس بشىء، إنما هو منزل نزله رسول الله ﷺ: وعن عائشة رضى الله تعالى عنها أن نزول الأبطح ليس بسنة، إنما نزله رسول الله ﷺ ليكون الحج بخروجه إذا خرج متفقا عليه[٧].

---

(١) كشاف القناع: ١ / ٦٣٢.
(٢) أخرجه أحمد فى مسنده. ٦/ ٩٠ حيث رقم ٢٤٦٣٦ ومسلم فى صحيحه، (كتاب الحج ـ باب استحباب رمى جمرة العقبة يوم النحر.
(٣) أخرجه بن ماجه فى سُننه كتاب الحج ـ باب رمى الجمار أيام التشريق)
(٤) سورة: البقرة الآية ١٧٢
(٥) أخرجه النسائى كتاب الحج ـ باب فيمن لم يدرك صلاح الصبح مع الإمام بالمزدلفة، وأحمد فى مسنده: ٤٥ / ٣٠٩ حديث رقم ١٨٧٩٦
(٦) سبق تخريجه.
(٧) أخرجه مسلم، كتاب الحج، باب استحباب النزول بالإبطاح يوم النفر والصلاة به.

٤- الإحرام بالعمرة: جاء فى [كشاف القناع]: أن الإحرام بالعمرة يتاحُ فى كل وقف من أوقات السنة فى أشهر الحج وغيرها فلا يكره الإحرام بها يوم عرفة، ولا يوم النحر، ولا أيام التشريق، لأن الأصل الإباحة ولا دليل على الكراهة، ولا بأس أن يعتمر فى السنة مرارًا، روى عن على وابن عمر وابن عباس وأنس رضى الله تعالى عنهم؛ لأن عائشة اعتمرت فى شهر مرتين بأمر النبى ﷺ عمرة مع قرانها، وعمرة بعد حجها، وقال عليه الصلاة والسلام: «العمرة إلى العمرة كفارة لما بينهما»[(١)].

مذهب الظاهرية:

١- المبيت بمنى: جاء فى [المحلى]: أن من لم يبت ليالى منى بمنى فقد أساء ولا شىء عليه الا الرعاء وأهل سقاية العباس فلا نكره لهم المبيت فى غير منى، بل للرعاء أن يرموا يومًا ويدعوا يومًا روينا من طريق أبى داود. حدثنا مدد حدثنا سفيان بن عينيه عن عبد الله ومحمد ابن أبى بكر ابن محمد بن عمرو بن حزم عن أبيهما عن أبى البداح بن عدى عن أبيه أن رسول الله ﷺ رخص للرعاء أن يرموا يومًا ويدعوا يومًا فصح بهذا الخبر أن الرمى فى كل يوم من أيام منى ليس فرضًا، قال أبو محمد فأهل السقاية مأذون لهم من أجل السقاية وبات عليه السلام بمنى ولم يأمر بالمبيت بها، فالمبيت بها، سنة وليس فرضًا إنما هو أمره ﷺ فقط[(٢)].

٢- رمى الجمار: جاء فى [المحلى] إن من رمى يومين ثم نفر ولم يرم الثالث فلا بأس به زمن رمى الثالث فهو أحسن برهان ذلك: قول الله تبارك وتعالى: ﴿فمن تعجل فى يومين فلا إثم عليه ومن تأخر فلا إثم عليه لمن اتقى﴾ الآية، وجاء فى موضع آخر: أن رمى الجمار بحصى قد رمى به قبل ذلك جائز، وكذلك رميها راكبًا حسن، أما رميها بحصٍ قد رمى به فلأنه لم ينه عن ذلك قرآن ولا سنة[(٣)].

مذهب الزيدية:

١- المبيت بمنى: جاء فى [شرح الأزهار]: أن من النسك المبيت بمنى ليلة ثانى النحر وثالثه وهما ليلة حادى عشر وليلة ثانى عشر من شهر ذى الحجة منها ثان الليلتان يجب أن يبيت فيهما بمنى مطلقًا، وأما ليلة الرابع من يوم النحر وهى ليلة ثالث عشر من ذى الحجة فلا يجب أن يبيت فيها بمنى إلاَّ إن دخل فيها أى فى الليلة بأن تغرب عليه الشمس وهو غير عازم على السفر، فأما لو غربت الشمس وفى عزمه السفر لم يلزمه المبيت بمنى، فلو دخل فى الليلة وهو غير عازم على مبيت ولا سفر بل معرض عن ذلك أو متردد قال عليه السلام: فالأقرب أنه يلزمه المبيت وفى نقصه أو تفريقه دم، أما بالنقص فمثاله أن يترك مبيت ليلة أو أكثر ليلة فى منى، وأما بالتفريق فمثاله أن يترك مبيت الليلة الأولى

(١) أخرجه البخارى فى صحيحه كتاب أبواب العمرة ـ باب العمرة.
(٢) المحلى: ٧ / ١٨٤.
(٣) المرجع السابق: ٧/١٨٨.

والثالثة ويبيت الوسطى فيلزم دمان للتفريق والترك، قال في الانتصار والشفاء: هذا لمن لا عذر له، فأما من له عذر كمن يشتغل بمصلحة عامة للمسلمين أو أمر يخصه من طلب ضالة أو مرض أو نحو ذلك لم يجب عليه المبيت بمنى؛ لأنه ﷺ رخص في ذلك للعباس لأجل السقاية ورخص للرعاء[1].

٢ - **طواف الزيارة :** ومن المناسك طواف الزيارة ولا خلاف في وجوبه وأنه لا يجبره دم، وطواف الزيارة يكون بلا رمل إجماعًا؛ لأنه لا سعي بعده ووقت أدائه من فجر يوم النحر إلى آخر أيام التشريق ففي أي هذه الأيام طاف فهو أداء، ولا شيء عليه، لكن المستحب أن يفعله بعد رمي جمرة العقبة وذبح أضحيته وحلق فمن أخره حتى مضت أيام التشريق لغير عذر فدم يلزمه إراقته لأجل تأخيره عن وقت أدائه مع وجوب القضاء، وأما إذا أخره لعذر كالحائض فقد ذكر الأمير الحسين أنه لا دم عليها، قال مولانا المهدي عليه السلام: وكذا يقاس عليها المعذورون، وقال الفقيه محمد بن سليمان: أصولهم تقضي بوجوب الدم[2].

٣- **رمي الجمار :** جاء في [شرح الأزهار]: أن من المناسك رمي جمرة العقبة بسبع حصيات مرتبة مباحة ظاهرة غير مستعملة، ووقت أدائه من فجر النحر غالبًا إلى فجر ثانيه وعند أوله لقطع التلبية وبعده يحل غير الوطء أي بعد أول حصاة يرمي بها جمرة العقبة يحل وله محظورات الإحرام إلا الوطء للنساء فإنه لا يحل حتى يطوف طواف الزيارة، وندب الترتيب بين الذبح والتقصير فيقدم بعد الرمي الصلاة ثم ذبح أضحيته ثم يقصر أو يحلق ثم يلزمه من بعد الزوال في اليوم الثاني رمي آخر ووقته ممتد من أول الزوال إلى فجر ثانيه، وهذا وقت أدائه عندنا وصفة هذا الرمي أن يرمي الجمار الثلاث المعروفة بسبع سبع ويكون مبتدئًا بجمرة الخيف وهي التي وسط منى مما يلي مسجد الخيف ثم يأتي الجمرة التي تليها فيرميها ثم يكون خاتمًا بجمرة العقبة ثم يلزمه في اليوم الثالث من يوم النحر كذلك أن يرمي الجمار الثلاث بسبع سبع مبتدئًا بجمرة الخيف خاتمًا بجمرة العقبة، ووقته من الزوال في الثالث إلى فجر اليوم الرابع، ثم إذا رمى هذا الرمي في هذا اليوم جاز له النفر فإن طلع فجر اليوم الرابع وهو غير عازم على السفر قبل الرمي لزم فيه أي من الفجر إلى الغروب رمي كذلك كرمي اليومين الأولين، ويكره له أن يرمي قبل طلوع الشمس، وقال أبو جعفر: إنه يلزمه رمي هذا اليوم إذا طلع الفجر وهو في منى مطلقًا، وما فات من الرمي ولم يفعل في وقت أدائه ففي بعد ذلك الوقت، ولا يزال قضاؤه صحيحًا إلى آخر أيام التشريق فلو ترك رمي جمرة العقبة يوم النحر قضاه في بقية أيام التشريق، وكذا لو ترك رمي الجمار الثلاث في اليوم الثاني قضاه، وكذا في اليوم الثالث، ويلزم بتأخير رمي كل يوم عن وقت أدائه مع القضاء دم لأجل التأخير، وكذا لو أخر كل الرمي إلى اليوم الرابع، لم يلزم إلا دم واحد ويقضيه في الرابع

(١) شرح الأزهار: ٢/١٢٨، ١٢٩.
(٢) المرجع السابق: ٢/١٢٨، ١٢٩.

فأما بعد خروج أيام التشريق فقد فات الرمى فلا يصح فعله بعدها لا أداء ولا قضاء لكن يجبر بدم واحد.

٤- **الإحرام بعمرة:** وجاء فى [شرح الأزهار]: أنه لا تكره العمرة فى وقت من الأوقات إلا فى أشهر الحج وأيام التشريق فإنها تكره لغير المتمتع والقارن، قال فى الهامش قال فى الكواكب: الكراهة للحظر فى أشهر الحج وفى أيام التشريق بدليل وجوبه، وقيل: فى أشهر الحج للتنزيه وفى أيام التشريق للحظر، فإن فعل لزم دمٌ للاساءة حيث فعل فى أيام التشريق لا فى غيرها(١).

مذهب الإمامية:

١- **المبيت بمنى:** جاء فى [شرائع الإسلام]: أنه إذا قضى الحاج مناسكه بمكة من طواف الزيارة والسعى وطواف النساء(٢) فالواجب العود إلى منى للمبيت بها فيجب عليه أن يبيت بها ليلتى الحادى عشر والثانى عشر فلو بات بغيرها كان عليه عن كل ليلة شاة إلا أن يبيت بمكة مشتغلاً بالعبادة أو يخرج من منى بعد نصف الليل، وقيل: يشترط أن لا يدخل مكة إلا بعد طلوع الفجر.. وقيل: لو بات الليالى الثلاث بغير من لزمه ثلاث شياه(٣).

٢- **رمى الجمار:** ويجب أن يرمى كل يوم من أيام التشريق الجمار الثلاث كل جمرة بسبع حصيات ويجب هنا زيادة على ما تضمنه لشروط الرمى الترتيب يبدأ بالأولى ثم الوسطى ثم جمرة العقبة، ولو رماها منكوسة أعاد على الوسطى وجمرة العقبة ووقت الرمى ما بين طلوع الشمس إلى غروبها ولا يجوز أن يرمى ليلاً إلا لعذر كالخائف والمريض والرعاة والعبيد، ومن حصل له رمى أربع حصيات ثم رمى على الجمرة الأخرى حصل بالترتيب ولو نسى رمى يوم قضاه من الغد مرتبا يبدأ بالغائب ويعقب بالحاضر، ويستحب ولو نسى رمى الجمار حتى دخل مكة رجع ورمى فإن خرج من مكة لم يكن عليه شىء إذا انقضى زمان الرمى فإن عاد فى القابل رمى، وإن استناب فيه جاز ومن ترك الجمار متعمداً وجب عيه قضاؤه، ويجوز أن يرمى عن المعذور كالمريض(٤).

٣- حكم الإحرام العمرة فى أيام التشريق:

جاء فى [شرائع الإسلام]: أن العمرة تجب على من ليس من حاضرى المسجد الحرام، ولا تصح إلا فى أشهر الحج، وتسقط المفردة معها ويلزم فيها التقصير، ولا يجوز حلق الرأس ولو حلق لزمه دم، ولا يجب فيها طواف النساء. والمفردة تلزم حاضرى المسجد الحرام، وتصح فى جميع أيام السنة، وأفضلها ما وقع فى رجب(٥).

مذهب الإباضية:

١- رمى الجمار

جاء فى [الإيضاح]: وإذا أردت الخروج إلى منى بعد الزيارة فلتخرج إلى منى، ولا تبت بمكة

---

(١) شرح الأزهار: ١٢٢/٢، ١٢٣، ١٢٤ بتصرف.
(٢) يقصد الطواف الذى تحل بعده النساء.
(٣) السابق: ١٢٤/٢ بتصرف.
(٤) شرائع الإسلام: ١٣٤/١، ١٣٥.
(٥) السابق: ١ / ١٤٥ بتصرف.

واقعد بمنىً أيام التشريق وترمى الجمار بعد ما تزول الشمس، ويستحب أن ترمى على طهارة فابدأ بالجمرة التى تلى المشرق وارمها بسبع حصيات وكبر مع كل حصاة تكبيرة، فإذا فرغت من رميها فتقدمها واستقبل القبلة وادع مثل دعائك على الصفا والمروة وتفعل ذلك ثلاث مرات ثم امض إلى الجمرة الوسطى فاجعلها على يمينك وارمها بسبع حصيات وتكبر، مع كل حصاة تكبيرة فإذا فرغت من رميها فتقدمها إلى يسارها عند المسيل، وادع كما وصفت لك فى الأولى ثم ائت جمرة العقبة وارمها من بطن الوادى وكبر مع كل حصاة تكبيرة، فإذا فرغت من رميها فانصرف من حيث جئت، ولا تقف عندها إذا رميتها تفعل ذلك أيام التشريق، فإذا فرغت من رميها اليوم الثالث أو الثانى إن أردت أن تعجل فى يومين روح مع الناس إلى مكة فأقم بها ما بدا لك، وأكثر من الطواف(١).

٢- المبيت بمنى: جاء فى [الإيضاح]: أما المبيت بمنى ليالى منى فسنة فإنه بلغنا عن رسول الله ﷺ أنه لم يرخص لأحد يبيت بغير منى ليالى منى إلا للرعاة ويصبحون يرمون مع الناس(٢) وأما رمى الجمار بعد زوال الشمس فهو أيضا سنة؛ لما روى أن النبى عليه الصلاة والسلام رجع إلى منى بعد الزيارة، أقام بها أيام التشريق يرمى الجمار كل يوم حين تزول الشمس، كل جمرة بسبع حصيات(٣).

(١) الإيضاح: ٢/ ٢٤٠، ٢٤١.
(٢) السابق: ٢/ ٢٤٠، ٢٤١.
(٣) الهداية: ٢ / ٢١٧.

الأضحية فى أيام التشريق

مذهب الحنفية:

جاء فى [الهداية وشروحها]: الأضحية جائزة فى ثلاثة أيام: يوم النحر ويومان بعده(٤).

ودليلنا: ما روى عن عمر وعلى وابن عباس رضى الله تعالى عنهم أنهم قالوا: أيام النحر ثلاثة أفضلها أولها وقد قالوه سماعًا؛ لأن الرأى لا يهتدى إلى المقادير، وفى الأخبار تعارض فأخذنا بالمتيقن وهو الأقل وأفضلها أو كما قالوا، ولأن فيه مسارعة إلى أداء القربة وهو الأصل إلا لمعارض، ويجوز الذبح فى لياليها إلا أنه يكره لاحتمال الغلط فى ظلمة الليل، والتضحية فيها أفضل منْ التصدق بثمن الأضحية بالنسبة للموسر والمعسر(٥).

مذهب المالكية:

جاء فى [التاج والأكليل]: قال مالك: الأيام التى يضحى فيها يوم النحر ويومان بعده إلى غروب الشمس من آخرها، وإذا غابت الشمس من اليوم الثالث فقد انقضى الذبح وفات ولا يضحى بليل فى شىء من هذه الأيام، قال مالك: ويوم النحر هو يوم الحج الأكبر، قال ابن المواز: ووقت الذبح منه بعد صلاة العيد وبعد ذبح الإمام ولا يراعى فى اليوم الثانى والثالث ذبح الإمام ولا غيره، ولكن إذا ارتفعت الشمس وحلت الصلاة جاز له الذبح ولو فعل ذلك بعد الفجر فى هذين اليومين أجزأه(٦).

(٤) العناية شرح الهداية: ٩ / ٥١٢.
(٥) المرجع السابق.
(٦) التاج والإكليل: ٤ / ٣٦٩.

مذهب الشافعيـــة :

جاء فى [مغنى المحتاج]: أن الأضحية سنة مؤكدة فى حقنا لا تجب إلا بالالتزام، ويدخل وقت التضحية إذا ارتفعت الشمس كرمح يوم النحر وهو العاشر من ذى الحجة، ثم مضى قدر ركعتين خفيفتين وخطبتين، فإن ذبح قبل ذلك لم تقع أضحية لخبر الصحيحين: **أول ما نبدأ به فى يومنا هذا نصلى ثم نرجع فنحر فمن فعل ذلك فقد أصاب سنتنا ومن ذبح قبل ذلك فإنما هو لحم قدمه لأهله ليس من النسك فى شىء.** ويبقى وقت التضحية حتى تغرب الشمس آخر أيام التشريق وهى ثلاثة عند الشافعى رحمه الله تعالى بعد العاشر؛ لقوله ﷺ: **عرفة كلها موقف وأيام التشريق كلها منحر**(١) رواه البيهقى وصححه ابن حبان وفى رواية لابن حبان فى كل أيام التشريق ذبح، وقال الأئمة الثلاثة: يومان بعده، ولو دفعوا العاشر غلطًا حسب أيام التشريق على الحقيقة لا على حسب وقوفهم، ويكره الذبح والتضحية ليلاً للنهى عنه، قيل: المعنى فيه خوف الخطأ فى الذبح، وقيل: إن الفقراء لا يحضرون للأضحية بالليل حضورهم بالنهار، وارتفاع الشمس فضله فى وقت الأضحية، والشرط طلوعها ثم مضى قدر الركعتين والخطبتين(٢).

مذهب الحنابلـــة :

جاء فى [كشاف القناع]: أن الأضحية هى ما يذبح من بهيمة الأنعام أى الإبل والبقر والغنم الأهلية أيام النحر الثلاثة وليلتى يومى التشريق بسبب العيد تقربًا إلى الله تعالى، ووقت ابتداء ذبح أضحية وهدى ونذر أو تطوع ودم متعة أو قران يوم العيد بعد الصلاة أى صلاة العيد؛ لحديث جندب بن عبد الله أن النبى ﷺ قال: **(من ذبح قبل أن يصلى فليعد مكانها أخرى)**(٣) وعن البراء بن عازب قال: قال: رسول الله ﷺ **(من صلى صلاتنا ونسك نسكنا فقد أصاب النسك ومن ذبح قبل أن يصلى فليعد مكانها أخرى)**(٤). ويجزى ذبح ما ذكر فى ليلتيهما أى ليلة يومى التشريق الأولين، لأن الليل زمن يصح فيه الرمى أى فى الجملة كالسقاة(٥).

مذهب الظاهريـــة :

جاء فى [المحلى] : أن التضحية جائزة، ووقتها يوم النحر إلى أن يهل هلال المحرم، والتضحية ليلاً ونهارًا جائزة، قال أبو محمد: الأضحية فعل خير وقربة إلى الله تعالى وفعل الخير حسن فى كل وقت، قال الله تبارك وتعالى ﴿ **والبدن جعلناها لكم من شعائر الله لكم فيها خير** ﴾(٦) الآية فلم يخص تعالى وقتًا من وقت ولا رسوله عليه السلام، فلا يجوز تخصيص وقت بغير نص، فالتقرب إلى الله تعالى بالتضحية حسن ما لم يمنع منه نص أو إجماع، ولا نص فى ذلك ولا إجماع إلى آخر ذى الحجة(٧).

---

(١) سُنن البيهقى، كتاب الحج، باب حيث وقف من عرفة أجزاء
(٢) مغنى المحتاج : ٤/ ٨٣
(٣) صحيح البخارى، كتاب العيدين، باب الخطبة بعد العيد.

(٤) صحيح البخارى كتاب العيدين، باب كلام الإمام والناس فى خطبة العيد.
(٥) كشاف القناع: ٣ / ١٠
(٦) سورة الحج، الآية: ٣٦
(٧) المحلى : ٦/ ٣٩٩، ٤٠٠.

مذهب الزيديـــة :

جاء فى [التاج المذهب]: أن وقت الأضحية لمن لا تلزمه الصلاة رأساً وهى الحائض والنفساء، وكذا من يرى أنها سنة محكمة حكم الحائض فى ابتداء وقت الأضحية من فجر النحر وهو يوم العيد إلى آخر ثالثه وهو الثانى عشر من ذى الحجة أى يختص بيوم النحر ويومين بعد. وإذا ذبح بالليل فى اليومين الآخرين جاز من غير كراهة وتعجيلها فى اليوم الأول أفضل. ووقت الأضحية لمن تلزمه الصلاة. بعد أن يصلى، أو بعد صلاة مصل غيره فى الميل[1].

مذهب الإمامية :

جاء فى [الروضة البهية] وأيام الأضحية بمنى أربعة أولها النحر وبالأمصار وإن كان بمكة ثلاثة أولها النحر كذلك، وأول وقتها من يوم النحر طلوع الشمس، وخص قدر صلاة العيد والخطبتين بعده[2].

مذهب الإباضية :

جاء فى [شرح النيل] : أن الأضحى أى زمان الضحية عند أهل منى ثلاثة أيام متتابعة بعد يوم النحر لفاقد ما يذبح، وأما من لم يكن بمنى للحج فالأضحى عنده يوم النحر فقط، وقيل: تجوز له منه من يوم النحر إلى زوال الرابع، ولاتجزىء قبل يوم النحر، وجاء فى موضع آخر: أن الهدى لا ينحر حتى تشرق الشمس، وهى ثلاثة أيام بعد يوم النحر[3].

---

(١) التاج المذهب: ٢ / ٤٦٦.

(٢) الروضة البهية: ٢ / ٣٠٥.

(٣) شرح النيل: ٤ / ٢٢٧.

بحث مصطلح: «إيثار»

الإيثار لغة:

الإيثار مصدر آثر، وآثره عليه: فضَّله. وفى التنزيل: لقد آثرك الله علينا[1]، وأثِرَ أن يفعل كذا أثَرًا، وأثَر وآثَرَ، كله: فضَّل وقدَّم، وآثرت فلانا على نفس من الإيثار. قال الأصمعى: آثرتك إيثاراً أى فضلتك[2].

الإيثار اصطلاحاً:

لايخرج معنى الإيثار فى لغة الفقهاء عن المعنى اللغوى له، فقد جاء فى (المنثور فى القواعد الفقهية): الإيثار أن يؤثر غيره بالشىء مع حاجته إليه، وعكسه الأثرة: وهى استئثاره عن أخيه بما هو محتاج إليه[3].

وجاء فى الجامع لأحكام القرآن: الإيثار هو تقديم الغير على النفس وحظوظها الدنياوية رغبة فى الحظوظ الدينية. وذلك ينشأ عن قوة اليقين ووكيد المحبة والصبر على المشقة[4].

أنواع الإيثار:

ينقسم الإيثار من حيث متعلقة إلى نوعين:

الأول: يكون فى حقوق النفس، كـالمفطر يؤثر بطعامه غيره، إذا كان الغير مسلماً.

الثانى: يكون فى القربات، كمن يؤثر غيره بالصف الأول ويتأخر هو، أو يؤثر بقربه من الإمام فى الصلاة ونحوه[5].

(١) سورة يوسف، الآية: ٩١.
(٢) لسان العرب مادة (أثر).
(٣) المنثور فى القواعد الفقهية للزركشى: ١/١٧١؛ ١٧٣
(٤) الجامع لأحكام القرآن: ١٨، ٢٦، ١/١٧١ وانظر: أحكام القرآن: ٤/٢٢٠
(٥) المنثور فى القواعد الفقهية، ١/١٧١، ١٧٣.

مذهب الحنفية:

أولا: الإيثار فى حقوق النفس:

جاء فى البحر الرائق شرح كنز الدقائق: ... فى (الهبة) من (منية المفتى): فقير محتاج معه دراهم فأراد أن يؤثر الفقراء على نفسه، إن علم أنه يصبر على الشدة فالإيثار أفضل، وإلا فالإنفاق على نفسه أفضل[6].

وجاء فى أحكام القرآن للجصاص: إنما كره النبى ﷺ الإيثار ممن لم يثق منه بالصبر على الفقر وخشى أن يتعرض للمسألة إذا فقد ما ينفقه ألا ترى أنه قال: «يأتينى أحدهم بجميع مايملك فيتصدق به ثم يقعد يتكفف الناس»[7] فإنما كره الإيثار لمن كانت هذه حالة، فأما الأنصار الذين أثنى الله عليهم بالإيثار على النفس فلم يكونوا بهذه الصفة، بل كانوا كما قال الله تعالى: ﴿والصابرين فى البأساء والضراء وحين البأس﴾[8] فكان الإيثار منهم أفضل من الإمساك، والإمساك ممن لايصبر ويتعرض للمسألة أولى من الإيثار[9].

ثانيا: الإيثار فى القربات:

جاء فى رد المحتار: فى حاشية الأشباه للحموى عن المضمرات عن النصاب: وإن سبق أحد إلى الصف الأول فدخل رجل أكبر منه سنًّا أو أهل علم ينبغى أن يتأخر ويقدمه تعظيماً له.

(٦) البحر الرائق: ٣/٤١٩.
(٧) أخرجه بنحوه الدارمى فى سننه كتاب الزكاة باب النهى عن الصدقة بجميع ماعند الرجل، برقم (١٧١٢)، وعبد بن حميد فى مسنده، باب يأتى أحدكم بماله لايملك غيره..) من مسند جابر بن عبدالله برقم (١١٢٣).
(٨) من الآية (١٧٧) من سورة البقرة.
(٩) أحكام القرآن للجصاص: ٣/٥٨١.

فهذا يفيد جواز الإيثار بالقرب بلا كراهة .. وقال فى الأشباه: لم أره لأصحابنا. ونقل العلامة (الأشباه: لم أره لأصحابنا ونقل العلامة) البيرى فروعًا تدل على عدم الكراهة ويدل عليه قوله تعالى: ﴿ويؤثرون على أنفسهم ولو كان بهم خصاصة﴾[1]، وما ورد من انه ﷺ أتى بشراب فشرب منه وعن يمينه غلام وعن يساره أشياخ، فقال للغلام: أتأذن لى أن أعطى هؤلاء؟ فقال الغلام: لا والله، لا أوثر بنصيبى منك أحداً، قال: فَتَلَّهُ[2] رسول الله ﷺ فى يده»[3]، ولاريب أن مقتضى طلب الإذن مشروعية ذلك بلا كراهية، وإن جاز أن يكون غيره أفضل منه.

وينبغى أن تقيد المسألة بما إذا عارض تلك القربة ماهو أفضل منها كاحترام أهل العلم والأشياخ كما أفاده الفرع السابق والحديث، فإنهما يدلان على أنه أفضل من القيام فى الصف الأول، ومن إعطاء الإناء لمن له الحق ـ وهو مَنْ على اليمين ـ فيكون الإيثار بالقربة انتقالاً من قربة إلى ماهو أفضل منها وهو الإحترام المذكور، أما لو آثر على مكانه فى الصف مثلاً مَنْ ليس كذلك يكون أعرض عن القُربة بلا داع، وهو خلاف المطلوب شرعاً[4].

مذهب المالكية:

أولاً الإيثار فى حقوق النفس:

جاء فى الفواكه الدوانى: لابأس أن يتصدق العاقل البالغ الرشيد على الفقراء بما له كله لله تعالى أى ابتغاء للثواب فى الآخرة، والظاهر أن المتعين أن لابأس هنا لما هو أحسن من غيره، لأن الصدقة مستحبة، ولأن الله تعالى أثنى على فاعل ذلك بقوله: ﴿ويؤثرون على أنفسهم ولو كان بهم خصاصة﴾[5]، ولأن الصديق رضي الله عنه تصدق بجميع ماله ولم ينكر عليه الرسول ﷺ[6] وفعله جماعة من الصحابة رضى الله عنهم .. ومحل ندب التصدق بجميع المال أن يكون المتصدق طيب النفس بعد الصدقة بجميع ماله بحيث لايندم على البقاء بلا مال، وأن مايرجوه فى المستقبل مماثلاً لما تصدق به فى الحال، وأن لايكون يحتاج إليه فى المستقبل لنفسه أو لمن تلزمه نفقته أو يندب له الإنفاق عليه، وإلا لم يندب له ذلك، بل يحرم عليه إن تحقق الحاجة لمن تلزمه نفقته، أو يكره إن تيقن الحاجة إليه لمن يندب الإنفاق عليه كحواشيه[7]، لأن الأفضل أن يتصدق بما يفضل عن مؤنته ومؤنة من ينفق عليه[8].

وجاء فى الجامع لأحكام القرآن: الإيثار لمن يصبر أفضل من الإمساك، والإمساك لمن لايصبر ويتعرض للمسألة أولى من الإيثار[9].

وثانياً: الإيثار فى القُربات:

جاء فى الفواكه الدوانى: من الآداب أيضاً إذا صاحبك من هو على يمينك وعلى يسارك أن

(١) من الآية رقم (٩) من سورة الحشر.

(٢) أى دفعه، انظر لسان العرب، مادة (تلل).

(٣) أخرجه البخارى فى صحيحه، كتاب الأشربه باب هل يستأذن الرجل مَنْ عن يمينه، برقم (٥١٨٩) ومسلم فى صحيحه، كتاب الأشربه، باب إستحباب إدارة الماء واللبن ونحوهما عن يمين المبتدى برقم (٣٧٨٦).

(٤) رد المحتار: ٢٦٩/٤، بتصرف.

(٥) من الآية (٩) من سورة الحشر.

(٦) أخرجه ابن أبى حاتم فى تفسيره، باب قوله تعالى (إن تبدو الصدقات فنعما هى .. برقم (٢٨٩١)

(٧) الحواشى مفردها الحاشية وهم قوم الرجل وأهله وخاصة لسان العرب مادة (حشو).

(٨) الفواكه الدوانى: ٢٩٣/٦.

(٩) الجامع لأحكام القرآن: ١٩/١٨.

تناول إذا شربت أو أكلت من هو على يمينك مقدماً له على من هو على شمالك، لأنه ﷺ كان يقدم من هو على جهة اليمين ويقول: «الأيمن فالأيمن»(١) فمن جملة ماورد عن النبى ﷺ أنه «أتى بشراب فشرب منه وعن يمينه غلام وعن يساره الأشياخ فقال للغلام: أتأذن لى أن أعطى هؤلاء؟ فقال: لا والله يارسول الله لا أوثر بنصيبى منك أحداً قال: فتله رسول الله ﷺ فى يده»(٢) يعنى أعطاه، وهذه قاعدة الشرع وهى أن القرب لايقدم الشخص غيره على نفسه، ولم يخرج عن تلك القاعدة إلا مسأله وهى إذن عائشة رضى الله عنها فى دفن عمر رضي الله عنه عند النبى ﷺ فى البقعة التى كانت أعدتها لنفسها، وإنما خالفت عائشة رضى الله عنها تلك القاعدة لاعتقادها أن دفن عمر عند النبى أقرب إلى خاطر المصطفى ﷺ من دفنها فآثرت مافيه رضاه ﷺ على ماتحبه لنفسها فلم تنتقل من قربه إلا لأعم منها(٣).

مذهب الشافعية:

أولاً: الإيثار فى حقوق النفس:

قال فى المجموع: قول الله عز وجل: ﴿ويؤثرون على أنفسهم ولو كان بهم خصاصة﴾(٤) المراد به فى حظوظ النفس، والإيثار بحظوظ النفس مستحب بلا شك، وبيِّنة تمامُ الآية: ﴿ولو كان بهم خصاصة﴾(٥).

(١) اخرجه البخارى فى صحيحه، كتاب المساقاة، باب فى الشرب، ومسلم فى صحيحه، كتاب الأشربه، باب استحباب إدارة الماء واللبن ونحوهما عن يمين المبتدى.
(٢) سبق تخرجه.
(٣) الفواكه الدوانى: ٢٥٨/٨.
(٤) الآية رقم (٩) من سورة الحشر.
(٥) المجموع ٥٤٧/٤.

ثانيا: الإيثار فى القربات:

قال فى المجموع: إذا قام الجالس فى المسجد يوم الجمعة باختياره وأجلس غيره فلا كراهة فى جلوس الداخل، وأما الجالس فإن انتقل إلى أقرب شيء إلى الإمام أو مثله لم يُكره، وإن انتقل إلى أبعد منه كره من غير عذر، قال المصنف وغيره: ودليل كراهته أنه آثر بالقربة، وهذا تصريح منهم بأن الإيثار بالقربة مكروه وقد يحتج لكراهته بقوله ﷺ: «لايزال قوم يتأخرون حتى يؤخرهم الله تعالى»(٦) وهو حديث صحيح سبق بيانه(٧).

وقال فى الأشباه والنظائر: الإيثار فى القرب مكروه. وفى غيرها محبوب، قال الله تعالى: ﴿ويؤثرون على أنفسهم ولوكان بهم خصاصة﴾(٨).

قال الشيخ عز الدين: لا إيثار فى القربات، فلا إيثار بماء الطهارة ولابستر العورة، ولا بالصف الأول، لأن الغرض بالعبادات التعظيم والإجلال، فمن آثر به فقد ترك إجلال الإله وتعظيمه.

وقال الإمام: لو دخل الوقت ومعه ماء يتوضأ به فوهبه لغيره ليتوضأ به لم يجز، لا أعرف فيه خلافاً، لأن الإيثار إنما يكون فيما يتعلق بالنفوس، لا فيما يتعلق بالقرب والعبادات.

وقال الخطيب البغدادى فى كتابه (الجامع): كره قوم إيثار الطالب غيره بنوبته فى القراءة،

(٦) أخرجه مسلم فى صحيحه، كتاب الصلاه باب تسوية الصفوف وإقامتها ..... برقم (٦٦٢).
(٧) المجموع : ٥٤٧/٤.
(٨) الآية رقم (٩) من سورة الحشر.

لأن قراءة العلم والمسارعة إليه قُربه، والإيثار بالقرب مكروه، انتهى.

وقد جزم بذلك النووى فى شرح المهذب[١]، وقال فى شرح مسلم[٢]: الإيثار بالقرب مكروه أو خلاف الأولى، وإنما يستحب فى حظوظ النفس وأمور الدنيا.

قال الزركشى: وكلام الإمام ووالده السابق: يقتضى أن الإيثار بالقرب حرام، فحصل ثلاثة أوجه.

قلت: ليس كذلك، بل الإيثار إن أدى إلى ترك واجب فهو حرام، كالماء، وساتر العورة، والمكان فى جماعة لايمكن أن يصلى فيه أكثر من واحد، ولاتنتهى النوبة لآخرهم إلا بعد الوقت وأشباه ذلك، وإن أدى إلى ترك سنة أو إرتكاب مكروه فمكروه، أو لارتكاب خلاف الأولى مما ليس فيه نهى مخصوص فخلاف الأولى، وبهذا يرتفع الخلاف[٣].

مذهب الحنابلة:

أولاً: الإيثار فى حقوق النفس:

جاء فى مطالب أولى النهى فى شرح غاية المنتهى: ليس لرب الطعام إذا كان مضطراً إيثار غيره به، لأنه إذا آثر غيره به فهلك جوعاً كان كالملقى بيده إلى التهلكة.

وفى (الهدى) فى غزوة الطائف:[٤] يجوز وإنه غاية الجود، لقوله تعالى: ﴿ويؤثرون على أنفسهم ولو كان بهم خصاصة﴾[٥] وقد جرى هذا بعينه لجماعة من الصحابة فى فتوح الشام، وعُد ذلك من مناقبهم، - ذكره فى الفروع - ولعله لعلمهم من أنفسهم حسن التوكل والصبر[٦].

ثانيا: الإيثار فى القربات:

جاء فى الشرح الكبير: القائم من مكانه ليُجْلِسَ آخر: إن انتقل إلى مثل مكانه الذى آثر به فى القُرْبِ وسماع الخطبة فلا بأس وإلا كره له ذلك، لأنه يؤثر على نفسه فى الدين.

ويحتمل أن لايكره إذا كان الذى آثره من أهل الفضل، لأن تقديمهم مشروع لقول النبى ﷺ: «لِيَلِيَنى منكم أولو الأحلام والنهى»[٧]، [٨].

وجاء فى زاد المعاد:

يجوز للرجل أن يسأل أخاه أن يؤثره بقربه من القرب ويجوز للرجل أن يؤثر بها أخاه.

وقول من قال من الفقهاء لايجوز الإيثار بالقرب لايصح، فقد آثرت عائشة رضى الله عنها عمر رضي الله عنه بدفنه فى بيتها جوار النبى ﷺ وسألها عمر ذلك فلم تكره له السؤال ولا لها البذل، وعلى هذا فإذا سأل الرجل غيره أن يؤثره بمقامة فى الصف الأول لم يكره له السؤال ولا لذلك البذل، ونظائره.

ومن تأمل سيرة الصحابة وجدهم غير كارهين لذلك ولاممتنعين منه، وهل هذا إلا كرم وسخاء وإيثار مع النفس بما هو أعظم محبوباتها تفريحاً لأخيه المسلم وتعظيما لقدره وإجابة له إلى ماسأله وترغيباً له فى الخير، وقد يكون

---

(١) قال فى المجموع: ٣٩/١: ولايؤثر بنوبته، فإن الإيثار بالقرب مكروه فإن رأى الشيخ المصلحة فى ذلك فى وقت فأشار به امتثل أمره.

(٢) شرح النووى على مسلم: ٢١٥/٧.

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطى (ص ١١٧) بتصرف.

(٤) زاد المعاد فى هدى خير العباد ٤٣٦/٣.

(٥) من الآية (٩) من سورة الحشر.

(٦) مطالب أولى النهى : ٤٧٢/١٨.

(٧) أخرجه مسلم فى صحيحه كتاب الصلاة، باب تسوية الصفوف وإقامتها ..... برقم (٦٥٤).

(٨) الشرح الكبير لابن قدامة : ٢١٢/٢.

ثواب كل واحد من هذه الخصال راجحاً على ثواب تلك القربة فيكون المؤثر بها ممن تاجر فبذل قربة وأخذ أضعافها، وعلى هذا فلا يمتنع أن يؤثر صاحب الماء بمائه أن يتوضأ به ويتيمم هو، إذا كان لابد من تيمم أحدهما فآثره أخاه وحاز فضيلة الآيثار وفضيلة الطهر بالتراب، ولا يمنع هذا كتاب ولاسنة ولامكارم أخلاق(١).

مذهب الظاهرية:

أولاً وثانياً: الإيثار وفى حقوق النفس والقُربات:

جاء فى (كتاب النذور) من (المحلى) فى مسألة من نذر أن يتصدق بجميع ماله: «أما من قال: يتصدق بجميعه. فإنهم قالوا: هو نذر طاعة فعليه الوفاء به.

قال أبو محمد: وليس كما قالوا بل ليس هو نذر طاعة على ما نبين إن شاء الله تعالى».

ثم قال بعد أن ذكر جملة من الأحاديث:

فهذه آثار متواترة متظاهرة بإبطال الصدق بما زاد على مايبقى غنى، وإذا كان الصدقة بما أبقى غنى خيراً وأفضل من الصدقة بما لايبقى غنى، فبالضرورة يدرى كل أحد أن صدقته بتلك الزيادة لا أجر له فيها بل حطت من أجره فهى غير مقبولة، ومَاتُيقن أنه يحط من الأجر أو لا أجر فيه من إعطاء المال فلا يحل إعطاؤه فيه، لأنه إفساد للمال وإضاعة له وسرف حرام، فكيف ورده ﷺ الصدقة بذلك بيان كاف، فإن ذكروا قوله تعالى: ﴿ويؤثرون على أنفسهم ولو كان بهم خصاصة﴾(٢)، وقوله ﷺ: إذ سُئل أى الصدقة أفضل؟ فقال: «جهد المقل»(٣) وقوله ﷺ: «سبق درهم مائة ألف»(٤).. فأما قول الله تعالى: ﴿ويؤثرون على أنفسهم ولو كان بهم خصاصة﴾ فليس فيه أنهم لم يبتوا لأنفسهم معاشاً إنما فيه أنهم كانوا مقلين ويؤثرون من بعض قوتهم وأما قولهم: «جهد المقل» ففى حديث أبى هريرة هذه اللفظة الموصلة بقوله عليه السلام: «وابدأ بمن تعول»(٥) فبين هذا القول أنه جهده بعد كفاف من يعول، وكذلك حديثا أبو مسعود أيضاً: «وإنما كان لرجل درهمان فتصدق بأجودهما»(٦) فكذلك أيضاً، وقد يكون له ضيعة أوله نملة تقوم به فتصدق بأحد درهمين كانا له، ولم يقل عليه السلام: إنه لم يكن له غيرهما، فإن ذكروا صدقة أبى بكر بما يملكه قلنا هذا لايصح لأنه من طريق هشام بن سعد وهو ضعيف(٧).

وجاء فى موضوع آخر فى مسألة (لا تنفذ هبة ولا صدقة لأحد إلا فيما أبقى له ولعياله غنى، فإن أعطى ما لا يبقى لنفسه وعياله بعده غنى فسخ كله): «وأما قوله تعالى: ﴿ويؤثرون على أنفسهم ولو كان بهم خصاصة﴾ فحق ولاحجة للمخالفين فيه، لأن محابة خصاصة

---

(١) زاد المعاد : ٤٣٦/٢.

(٢) الآية رقم (٩) من سورة الحشر.

(٣) أخرجه أبو داود فى سننه كتاب الصلاة، باب طول القيام، والنسائى فى سننه كتاب الصلاة باب جهد المقل.

(٤) أخرجه النسائى فى سننه، كتاب الزكاة، باب جهد المقل، وابن حيان فى صحيحه، كتاب الزكاة، باب صدقة التطوع.

(٥) أخرجه الطبرانى فى معجمه الكبير، برقم (١٣٢٢)، بلفظ: «خير الصدق عن ظهر غنى، ابدأ بمن تعول».

(٦) أخرجه النسائى فى السنن الكبرى برقم (٢٣٠٦)

(٧) المحلى : ١٢/٨-١٥. قال الشيخ شاكر عن هشام بن سعد: هو ضعيف كما قال (المصنف) وهذا الحديث رواه أبو داود، والترمذى، وقال الترمذى: هذا حديث حسن صحيح.

وآثر على نفسه فلا يكون ذلك إلا فى مجهود[١]، وهكذا نقول، وليس فيها أنه مباح له تضييع نفسه وأهله والصدقة على من هو أغنى منه[٢].

وقال ابن حزم فى رسائله:

حد الجود وغايته أن تبذل الفضل كله فى وجوه البر، وأفضل ذلك فى الجار المحتاج وذى الرحم الفقير، وذى النعمة الذاهبة، والأخص فاقة. ومنع الفضل من هذه الوجوه داخل فى البخل، وعلى قدر التقصير والتوسع فى ذلك يكون المدح والذم، وما وضع فى غير هذه الوجوه فهو تبذير، وهو مذموم، ومابذلت من قوتك لمن هو أمس حاجة منك فهو فضل وإيثار، وهو خير من الجود، ومامنع من هذا فهو لا حمد ولا ذم وهو انتصاف.

وبذل الوجبات فرض، وبذل ما فضل عن القوت جود، والإيثار على النفس من القوت بما لا تهلك على عدمه فضل، ومنع الواجبات حرام، ومنع ما فضل عن القوت بخل وشح، والمنع من الإيثار ببعض القوت عذر[٣].

مذهب الزيدية:

أولاً: الإيثار فى حقوق النفس:

جاء فى البحر الزخار: ولمن خشى التلف جوعاً أو عطشاً إيثار غيره، كقصة بعض قتلى أحد[٤].

ثانيا: الإيثار فى القُربات:

جاء فى البحر الزخار: تكره إزالة الغير من مجلسه، لقوله ﷺ: «ولكن يقول تفسحوا»[٥] ولايكره إن قام له غيره، لكن يكره للفاعل إن تأخر إلى دونه فى الفضل، إذ آثر غيره فى القربة[٦].

مذهب الإمامية:

أولاً: الإيثار فى حقوق النفس:

إذا اضطر اثنان إلى الطعام وتساويا فى الحرمة كأن يكونا مسلمين ـ وأحدهما مالك للطعام، فهل يجوز للمالك أن يؤثر الآخر على نفسه، لتساويهما ولعموم قوله تعالى: ﴿ويؤثرون على أنفسهم ولو كان بهم خصاصة﴾ ولأن المقصود حفظ النفس المحترمة وهو حاصل بأحدهما فلا ترجيح؟ أو لايجوز؛ لأن له القدرة على حفظ نفسه بعدم بذل ماله وطعامه، وحفظُ النفس مع القدرة واجب، ولما فى بذل المال والطعام للغير من إلقاء النفس فى التهلكة؟ فيه وجهان، بل قولان. مالَ الشهيدُ الثانى إلى الأول مدعياً عدم كونه من باب إلقاء النفس فى التهلكة، بل هو من قبيل ثبات المجاهد، فهو فائز ليس بهالك، واستظهره التراقى، خاصةً إذا كان المستنقَذُ أكثر من واحد. واختار السبزوارى وصاحب (الجواهر) الثانى، واقتصر بعضهم على ذكر الوجهين كالأصفهانى.

وإن اختلف المالك والمضطر فى الحرمة كأن كان أحدهما مؤمناً والآخر كافراً قدم الأفضل، فإذا كان الأفضل هو المالك لم يجز له إيثار غيره

---

(١) المجهود: من أصابه الجهد وهو المشقة والحاجة وسوء العيش والجوع. لسان العرب، مادة (جهد)، وانظر شرح النووى على صحيح مسلم: ٧/١٢٠.

(٢) المحلى: ٩/١٤٠.

(٣) رسائل ابن حزم: ١/٣٥٢.

(٤) البحر الزاخر: ١٥/٢٠٠.

(٥) أخرجه البخارى فى صحيحه، باب إذا قيل لكم تفسحوا فى المجلس فافسحوا .. برقم (٥٧٩٩)، ومسلم فى صحيحه، كتاب السلام، باب تحريم إقامة الإنسان من موضعه، برقم (٤٠٤٤)، كلاهما بدون لفظ (يقول). وأخرجه أحمد فى مسنده، تحت رقم (١٤١٥٨)، بلفظ (لِيَقُولَنَّ).

(٦) البحر الزخار: ٤/١٥٩.

على نفسه؛ لأنه يجب عليه حفظ النفس المحترمة وقال في (المسالك): وإن لم يكن المالك مضطراً فعليه إطعام المضطر مسلماً كان أم ذمياً أم مستأمناً، ومثله قال السبزاوري في (الكفاية) خلافاً للشيخ في الخلاف وابن إدريس في (السرائر) فلم يوجبا الدفع[1].

ثانيا: الإيثار في القُربات:

وجاء في (منتهى المطلب):

لو آثر غيره بمكانه (في المسجد) ففي اختصاص المخصوص به تردد، أقربه الاختصاص؛ لأن الحق للآثر وقد خَصَّ به غيره فكان قائماً مقام نفسه كما لو جهَّز موضعاً ثم آثر به غيره، وقيل: لايختص؛ لأنه بالقيام عنه خرج استحقاقه فبقي على الأصل، كمن وسع لرجل في طريق فمر غيره، ولعله يختص من حيث إن الطريق جعل للمرور فيه، فمن انتقل في مكان فيها لم يبق فيه حق بخلاف المسجد الموضع للإقامة[2].

وجاء في [المبسوط]: لاينبغي لأحد أن يُقيم غيره عن مكان الذي هو جالس فيه ليَجْلِسَ فيه في الجامع، وإن تبرع إنسان بالقيام، أو تأديب عنه لم يكره، وإن أنفذ بثوب ففرش في مكان لم يكن بذلك أحق من غيره فيه، وللغير رفعه والجلوس فيه[3].

وجاء في (جامع المقاصد):

أنه لايجوز للمسلم الذي وجبت عليه الطهارة إيثار غيره بالماء الذي يملكه؛ لوجوب الطهارة به عليه عيناً[4].

وجاء في موضع آخر: ولايجوز له إيثار غيره به إن كفى طهارته، وإن قصّر ففيه تفصيل[5].

وجاء في (جواهر الكلام):

يستحب للرجل التقدم في الصلاة وللامرأة تقديمه وتأخرها عنه حتى لو كان المكان ملكها؛ إذا الأمر بأن يصلي الرجل أولاً في الصحيح لايختص به، بمعنى أنه لو تقدمت الامرأة عليه ماتركت مستحبأ لعدم خطابها به، بل المراد من كل منهما وقوع صلاة الرجل أولاً والامرأة ثانياً فتأمل جيداً فإنه ربما دق. ولو كان الوقت ضيقاً سقط الجوب والندب كما صرح به جماعة، بل ربما نسب إلى الأكثر بل إلى الأصحاب، لكن أشكله الكركي بما حاصله أن التحاذي إن كان مانعاً من الصحة منع مطلقاً، لعدم الدليل على الإبطال بموضع دون موضع؛ إذ النص والفتوى عامان، وحينئذ فعلى الحرمة إن كان المكان لأحدهما اختص به، ولايجوز إيثار الآخر به، وإن كان لهما أو استويا فيه أمكن القول بالقرعة، فيصلي من خرج اسمه ويقضي الآخر[6].

مذهب الإباضية:

أولاً وثانياً: الإيثار في حقوق النفس والقربات:

قال في شرح النيل:

أعلى السخاء الإيثار؛ وهو بذل المال مع الحاجة، قال الله تعالى: ﴿ويؤثرون على

---

(١) المسالك: ١٢/١١٨، ومستند الشيعة: ١٥/٢٥، وكفاية الحكام (ص ٢٥٤)، والجواهر: ٣٦/٤٣٣، وتحرير الوسيلة: ٢/١٧٠، والوسائل: ٢٩/١٨، وكشف اللثام: ٢/٢٧٤ والمبسوط: ٦/٢٨٥، والمختلف: ٨/٣٣٧، والسرائر: ٣/١٢٦.
(٢) منتهى الطلب: ١/٣٣٠.
(٣) المبسوط: ١/١٤٦.
(٤) جامع المقاصد: ١/٥١٢.
(٥) السابق: ١/٥١٣.
(٦) جواهر الكلام: ٨/٣٢٨.

أنفسهم ولو كان بهم خصاصة ﴾ كذا قيل، وليس ظاهر الآية ذلك بل ظاهرها أن الإيثار يكون أيضاً بلا خصاصة[١].

وقال فى موضع آخر: فصل فى الإيثار:

لايحل إيثار دنيوى على أخروى ولا استواؤهما، وإن فى كلام وتزحزح أو قضاء حاجة، أو بإرادة ذلك فقط، أو بأمر به. وجاز تقديمه بمداراة وخوف أو جر نفع أو دفع ضر وإن للغير، أو لإرضائه أو مثله، أو لتأديب مسلم وتقويمه أو لمساواتهما فى واجب حق فقدم من حيث الوجوب لا من جهة تعظيمه به. وجاز تفضيل أحد المُتَولِّين بإسلامه أو خلقه لا لإحسانه للمفضَّل، ولا لإهانة المفضَّل عليه، ويمرجح كقرابة وجوار وصحبة لابقصد إهانة الآخر وإسلامه، ولايفضل من لا حق له على ذى حق لازم، وإن استويا فى عدم اللزوم جاز تقديم ذى نفع أبيح[٢].

(١) شرح النيل: ٣٢/٤٢٥.

(٢) السابق: ٣٢/٢٨٧.

بحث مصطلح «إيجاب»

الإيجاب فى اللغة:

الإلزام والإثبات إذ هو مصدر أوجب. قال اللحيانى: وقد أوجب لك البيع، وأوجب إيجابًا.. بمعنى ألزام. يقال: وجب البيع يجب وجوبًا، وواجبه إيجابًا، أى ألزم وألزمه - يعنى إذا قال بعد العقد: اختر رد البيع أو إنفاذه، فاختار الإنفاذ لزم، وإن لم يفترقا(١).

وفى اصطلاح الأصوليين: «هو طلب الفعل طلبًا جازمًا»(٢). أو: طلب الفعل من المكلف مع المنع من الترك(٣).

الإيجاب فى الاصطلاح:

مذهب الحنفية:

هو ما يصدر أولاً من أحد المتعاقدين دالاً على الرضا فى بيع أو نكاح أو غيرهما(٤).

مذهب المالكية:

هو ما يصدر من بائع مما يدل على الرضا، سواء كان الدال قولاً كقول البائع: بعتك أو أعطيتك أو ملكتك بكذا وشبه ذلك، أو كان فعلاً كالمعاطاة وهى المناولة»(٥)؛ لأن الأصل فى الإيجاب عندهم «أن يقع من البائع أولاً»(٦).

مذهب الشافعية:

هو القول الذى يصدر من البائع ويدل على على التملك دلالة ظاهرة كقوله: بعتك بكذا، وهذا مبيع منى بكذا، وأنا بائعة لك بكذا، وملكتك بكذا، وهذا لك بكذا(٧).

مذهب الحنابلة:

ما يصدر من بائع فيقول: بعتك كذا، أو ملكتك هذا، ونحوهما كوكلتك أو أشركتك فيه وأعطيتك ونحوها(٨).

مذهب الزيدية:

هو ما يصدر من بائع أو متول بلفظ يفيد التمليك كان يقول: بعت أو ملكت، ودفعت ووهبت وجعلت إذا ذكر فى مقابله عوض وكذلك إذا قال: هو لك بكذا، أو بأى لفظ يفيد التمليك حسب العرف.. بخلاف فعلت ورضيت فلا ينعقد بهما؛ لأنهما ليسا لفظ تمليك إلا أن يكونا جوابين.. ولاينعقد بأبجت مطلقًا مع قصد اللفظ ولم يقصدا المعنى، وهو التمليك(٩).

مذهب الإمامية:

هو ما يدل على القصد كقوله: وكلتك أو استنبتك، وفوضت إليك، أو بع، أو اشتر، أو أعتق، ولو قال: وكلتنى، فأجاب: بنعم أو بإشارة دالة على التصديق كفى(١٠).

مذهب الإباضية:

هو ما يصدر من بائع أو مشترٍ مما يفيد البيع أو الشراء بألفاظ تدل على ذلك، أو بإشارة، أو كتابة وتصرف ونحوها مما يدل على الرضا، قال فى شرح النيل: ينعقد البيع من بائع بألفاظ تدل عليه(١١). (وينظر مصطلح: عقد).

---

(١) لسان العرب، مادة وجب: ٧٩٣/٦.
(٢) التوضيح: ٨٤/١.
(٣) التلويح على التوضيح: ٨٤/١.
(٤) ابن عابدين: ٨/٤.
(٥) الحطاب على خليل: ٢٢٨/٤ وبهامشه التاج والإكليل للمواق.
(٦) حاشية الدسوقى: ٣/٣.
(٧) مغنى المحتاج: ٣/٢.
(٨) كشاف القناع: ٣/٢.
(٩) شرح الأزهار: ٣/٢، ٤.
(١٠) مفتاح الكرامة: ٥٢٢/٧.
(١١) شرح النيل: ١١٩/٤، ١٢٠.

بحث مصطلح: «إيجاف»

المعنى اللغوى:

جاء فى (المعجم الوسيط): وَجَفَ الشىء - يَجِفُ - وَجْفًا: اضطرب. ووجف البعير أو الفرس: أسرع، ووجف القلب: خفق، وفى التنزيل العزيز: «قلوب يومئذ واجفة»(١).

ووجف فلان: سقط من الخوف، فهو واجف، وهى واجفة، وأوجف الباب: أغلقه، واستوجفه: ذهب به، يقال: استوجف الحُبُّ فؤاده، ويقال: دابة ميجاف: كثيرة الإسراع فى المشى(٢).

وفى المغنى لابن باطيش: الإيجاف: السير السريع، وقيل: الإيجاف: ضرب من السير، تقول: وجف البعير يجف وجفًا ووجيفًا، وأوجفته أنا إيجافًا: أى حملته على السير، قال الله تعالى: ﴿فما أوجفتم عليه من خيل ولاركاب﴾(٣). يريد: ما أعملتم على تحصيله خيلاً ولا إبلاً(٤).

المعنى الاصطلاحى:

لا يكاد يخرج الفقهاء فى استعمالهم لمعنى الإيجاف عن المعنى الذى وضعه اللغويون له، جاء فى المغنى لابن قدامة: والإيجاف أصله التحريك، والغنيمة ما أوجف عليها، والمراد هنا الحركة فى السير إليه(٥).

وفى [الفواكه الدوانى]: «وما غنم المسلمون من أموال الحربيين، فإن كان بإيجاف: أى تحريك وتعب فى السير للقتال، فليأخذ الإمام خمسه، أى جزءًا من خمسة أجزاء(٦).

من صور الإيجاف:

- الإيجاف فى الحج.
- الإيجاف فى الجهاد.

أولاً: الإيجاف فى الحج:

مذهب الحنفية:

جاء فى: (المبسوط) : ويمشى - أى الحاج على هِينَتِه فى الطريق، هكذا قال رسول الله ﷺ: «أيها الناس، ليس البر فى إيجاف الخليل، ولا فى إيضاع الإبل، عليكم بالسكينة والوقار»(٧). وروى جابر أن النبى ﷺ كان يمشى على راحلته فى الطريق على هِينَتِه حتى إذا كان فى بطن الوادى أوضع راحلته وجعل يقول:

إليك تعدو قلقًا وَضِينُها
مفارقًا دينَ النصارى دِينُها
معترضًا فى بطنها جنينُها(٨)

فزعم بعض الناس أن الإيضاع فى هذا الموضع سنة، ولسنا نقول به، وتأويله أن راحلته كلتْ فى هذا الموضع، فبعثها فانبعثت كما هو عادة الدواب، لا أن يكون قصده الإيضاع(٩).

مذهب المالكية:

جاء فى [المنتقى]: «روى عن النبى ﷺ أنه أمر بالسكينة والوقار، «روى ذلك الفضل بن عباس، وكان رديف رسول الله ﷺ وأن رسول الله قال

---

(١) سورة النازعات ، الآية: ٨.
(٢) المعجم الوسيط، مادة (وجف): ٢/١٠١٤.
(٣) سورة الحشر، الآية: ٦.
(٤) المغنى، لابن باطيش ص ٦٣٨.
(٥) المغنى، لابن قدامة: ١/٤٠٠.
(٦) الفواكه الدوانى: ٦/٣١٣.
(٧) سنن أبى داود، كتاب المناسك، باب الدفعة من عرفة.
(٨) مسند الشافعى بترتيب السندى، كتاب الحج، باب فيهما يلزم الحاج بعد دخول مكة.
(٩) المبسوط: ٤/١٨.

فى عشية عرفة وغداة جَمْع الناس حين دَفَعوا: عليكم بالسكينة وهو كاف ناقته» ومعنى ذلك أن لا يخرجوا من حد الوقار والسكينة بالزجر والإيضاع، فأما الإسراع فى المشى الذى لا يخرج عن حد الوقار فإن ذلك مشروع غير ممنوع»(١).

مذهب الشافعية:

جاء فى [المجموع]: «إذا غربت الشمس دفع إلى المزدلفة لحديث على كرّم الله وجهه، ويمشى وعليه السكينة؛ لما روى الفضل بن العباس - رضى الله عنهما - أن النبى ﷺ قال للناس عشية عرفة وغداة جمّع حين دفعوا: (عليكم بالسكينة)(٢) فإذا وجد فرجة أسرع؛ لما روى أسامة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ كان يسير العَنَقِ(٣).

وفى [أسنى المطالب]: «ويدفعون من عرفة مكثرين لذكر الله والتلبية فى طريق المأزمين، وهما جبلان بين عرفة والمزدلفة، فالمراد الطريق الذى بينهما بسكينة تحرزًا من الايذاء، وللأمر به فى خبر مسلم(٤) راكبًا كان أو ماشيًا(٥).

مذهب الحنابلة:

جاء فى [كشاف القناع]: «ثم يدفع قبل طلوع الشمس إلى منى لقول عمر: «كان أهله الجاهلية لايفيضون من جمع حتى تطلع الشمس، ويقولون: أشرق ثبير كما نُغير، وإن رسول الله ﷺ خالفهم فأفاض قبل أن تطلع الشمس»(٦).

وعليه السكينة لقول ابن عباس: ثم أردف النبى ﷺ الفضل ابن العباس وقال: ياأيها الناس، أن البر ليس بإيجاف الخيل والإبل، فعليكم بالسكينة(٧).

مذهب الظاهرية:

جاء فى [المحلى]: ولما غربت الشمس وذهبت الصُفرة قليلاً، وأردف أسامة خلفه ودفع رسول الله وقد شنق للقصواء الزمام وقال: أيها الناس السكينة، السكينة، كلما أتى جبلاً من الجبال أرخى لها قليلاً حتى تصعد..

قال أبو محمد: كل ما فى هذا الخبر من دعاء وصفه مشى وغير ذلك لا تحاشّ شيئًا، فهو كله سنة مستحبة»(٨).

مذهب الزيدية:

جاء فى [البحر الزخار]: «أخرج مسلم والنَّسائى عن ابن عباس عن أخيه الفضل - وكان رديف رسول الله ﷺ أنه قال فى عشية عرفة وغداة جمْع حين دفعوا: عليكم بالسكينة، وهو كاف ناقته حتى دخل مُحسرًا وهو من منى، قال: عليكم بحصى الخذف الذى يُرمى به الجمرة(٩).

مذهب الإمامية:

جاء فى (شرائع الإسلام): «القول فى الوقوف بالمشعر والنظر فى مقدمته، وكيفيته، أما المقدمة فيستحب الاقتصاد فى سيره إلى المشعر، وأن يقول إذا بلغ الكثيف الأحمر عن يمين الطريق: اللهم ارحم موقفى، وزد فى عملى، وسلّمْ لى دينى، وتقبل مناسكى».. وحده ما بين المأزمين إلى الحياض، إلى وادى مُحَسِّر»(١٠).

(١) المنتقى شرح الموطا ٢/٢٢.
(٢) سبق تخريجه.
(٣) العَنَق: ضرب من السير فسيح سريع للإبل والخيل، لسان العرب (عنق) وانظر المجموع: ٨/١٢٣.
(٤) صحيح مسلم، كتاب الحج، باب استحباب إدامة الحاج التلبية.
(٥) أسنى المطالب: ١/٤٤٨.
(٦) رواه البخارى، كتاب الحج، باب متى يدفع من جمع.
(٧) كشاف القناع: ٢/٤٩٨. والحديث سبق تخريجه.
(٨) المحلى: ٥/١١٤، ١١٥ بتصرف.
(٩) البحر الزخار: ٣/٣٣٦.
(١٠) شرائع الإسلام: ٢/٥٨.

مذهب الإباضية:

جاء فى [شرح النيل]: قال رسول الله ﷺ: «لا تدفعوا من عرفات حتى يدفع الإمام فإنها - يعنى الإفاضة - سنة» فإذا دفع الحاج من عرفات فليقل: اللهم إليك أفضت.. إلخ وهو فى ذلك يلبى، وليرفق بنفسه ودابته فى كل موضع، إلاّ إن خاف فوات الحج حين المجىء لعرفة مثلاً فله إجهادها وإيجافها، وليكن أكثر كلامه التلبية»[١].

ثانيًا: الإيجاف فى الجهاد:

مذهب الحنفية:

جاء فى (بدائع الصنائع): «والغنيمة والغنمُ والمغنمُ فى اللغة اسم لما أصيب من أموال أهل الحرب، وأوجف عليه المسلمون بالخيل والركاب، وكذا إشارة النص دليل عليه، وهى قوله سبحانه: «**وما أفاء الله على رسوله منهم فما أوجفتم عليه من خيل ولا ركاب**»[٢] أشار سبحانه إلى أنه ما لم يوجف عليه المسلمون بالخيل والركاب لا يكون غنيمة، وإصابة مال أهل الحرب بإيجاف الخيل والركاب لا يكون إلاّ بالمنعة، إما حقيقة أو دلالة؛ لأن مَنْ لا منعة له لا يمكنه الأخذ على طريق القهرُ والغلبة، فلم يكن المأخوذ غنيمة، بل كان مالاً مباحًا، فيختص به الآخذ كالصيد، إلا إن أخذاه جميعًا فيكون المأخوذ بينهما كما يؤاخذ صيدًا. أما عند وجود المنعة فيتحقق الأخذ على سبيل القهر والغلبة[٣].

مذهب المالكية:

جاء فى [الفدواكه الوانى]: «وما غنم المسلمون من أموال الحربيين فإن كان بإيجاف - أى تحريك وتعب فى السير للقتال - فليأخذ الإمام خمسه - أى جزءًا من خمسة أجزاء، قال تعالى: ﴿**واعلموا أنما غنتم من شىء فأن لله خمسه**﴾[٤] ويأخذه الإمام بالقرعة، كما يأخذ خمس ندرة المعانى، وكما يأخذ جميع الفىء والجزية بقسميها، وعشور أهل الذمة وخراج الأرض، ويضع كل ذلك فى بيت المال يصرفه باجتهاده فى مصالح المسلمين[٥].

وجاء فى التاج والاكليل: «ماغُنم بغير إيجاف ولا قتال، وهو ما ينجلى عنه أهله ويتركونه رهبةً وفزعًا، وهذا لا يخمس، وهو فىء[٦].

مذهب الشافعية:

جاء فى [الأم]: قال الشافعى رحمه الله: وما أخذ الولاة من المشركين من جزيتهم والصلح عن أرضهم، وما أخذ من أموالهم إذا اختلفوا فى بلاد المسلمين، ومن أموالهم إن صولحوا بغير إيجاف خيل، ولا ركاب، ومن أموالهم إن مات ميت لاوارث له، وما أشبه هذا مما أخذه الولاة من مال المشركين، فالخمس فى جميعه ثابت فيه، وهو على ما قَسَمَهُ الله عز وجل لمَنْ قَسَمَ له من أهل الخمس الموجف عليه من الغنيمة، وهذا هو المسمى فى كتاب الله عز وجل[٧].

مذهب الحنابلة:

جاء فى [المغنى]: «الفىء ما أخذ من مال مشرك بحال، ولم يوجف عليه بخيل ولا ركاب، والغنيمة ما أوجف عليها، والإيجاف أصله

(١) شرح النيل: ٤/١٧٩.
(٢) سورة الحشر، الآية: ٦.
(٣) بدائع الصنائع: ٧/١١٧.
(٤) سورة الأنفال، الآية: ٤١.
(٥) الفواكه الدوانى: ١/٤٠٠.
(٦) التاج والإكليل: ٤/٥٨١.
(٧) الأم: ٤/١٦١ بتصرف.

التحريك، والمراد هنا الحركة في السير إليه. قال الله تعالى: ﴿وما أفاء الله على رسوله منهم فما أوجفتم عليه من خيل ولا ركاب...﴾ فكل ما أخذ من مال مشرك بغير إيجاف، مثل: الأموال التي يتركونها فزعًا من المسلمين، ونحو ذلك فهو فيء، وما أجلب عليه المسلمون وساروا إليه، وقاتلوا عليه، فهو غنيمة، سواء أخذ عنوة أو استنزلوا أهله بأمان، فإن النبي ﷺ افتتح حصون خيبر بعضها عنوة، وبعضها استنزل أهله بالأمان فكانت غنمية كلها[(١)].

مذهب الزيدية:

جاء في (التاج المذهب): «وما كان من الأراضي قد أجلى عنها أهلها بلا إيجاف عليهم بجمع جيش، بل بهيبة الإمام من دون تجييش فملك للإمام عندنا، ولا خمس عليه، وتورث عنه كسائر أملاكه، فإن كان بعد جمع الإمام للجيش، فهو غنيمة لهم.

قال في التذكرة في باب الإحياء: فإن لم يكن في الزمان إمام فهي فيء للمسلمين»[(٢)].

مذهب الإمامية:

جاء في (شرائع الإسلام): «الأنفال، وهي ما يستحقه الإمام من الأموال على جهة الخصوص، كما كان للنبي عليه السلام، وهي خمسة: الأرض التي تملك من غير قتال، سواء انجلى أهلها أو سلموها طوعًا، والأرضون الموات، سواء ملكت ثم باد أهلها، أو لم يجر عليها ملك كالمفاوز وسيف البحار ورءوس الجبال ومايكون بها، وكذا بطون الأودية والآجام، وإذا فتحت دار الحرب، فما كان لسلطانهم من قطائع وصفايا فهي للإمام، إذا لم تكن مغصوبة من مسلم أو معاهد، وكذا له أن يصطفي من الغنيمة ما شاء من فرس أو ثوب أو جارية وغير ذلك ما لم يجحف، وما يغنمه المقاتلون بغير إذنه، فهو له عليه السلام»[(٣)].

وجاء في موضع آخر: «وأما ما لا ينقل يقصد من الغنيمة - فهو للمسلمين قاطبة، وفيه الخمس، والإمام مخير بين إفراد خمسه لأربابه وبين إبقائه وإخراج الخمس من ارتفاعه»[(٤)].

مذهب الإباضية:

جاء في (تفسير أطفيش): «واعلموا أنما غنتم: رابط الموصول محذوف أي: غنمتموه (من شيء) خيطًا أو ابرة أو نعلاً أو نحو ذلك أو أقل أو أكثر (فأن لله خمسه) أي فواجب ثبوت خمسه لله تعالى، أو فالواجب ثبوت خمسه لله تعالى، أو فالحكم أن لله خمسه، أي: ثبوت خمسه لله تعالى، والفيء ما كان بلا قتال، والغنمية ما بالقتال، وقيل: الفيء أعم؛ لأن كلا يرجع، وفاء: رجع، وقيل: مترادفان»[(٥)].

---

(١) المغني: ٦/٣١٣.
(٢) التاج المذهب: ١/٣٣٦.
(٣) شرائع الإسلام: ١/١٦٦.
(٤) السابق: ١/٢٩٣.
(٥) تفسير أطفيش، المسمى: هميان الزاد إلى دار المعاد: ٢/٣٤٨.

بحث مصطلح: «إيداع»

الإيداع لغةً :

الإيداع من الوَدْع أى الترك، أصله وَدَع كوَضَع وقد أُميتَ ماضيه،وإنما يقال فى ماضيه تركه. وأودعتُه مالاً دفعته إليه ليكون وديعة، وأودعته أيضاً قبلت ما أودعنيه، ضد، واستودعته وديعة استحفظته إياها، والوديعة واحدة الودائع[١].

الإيداع اصطلاحاً :

الإيداع هو تسليط الشخص غيره على حفظ ماله، صريحاً كقوله : أودعتك مالى هذا، أودلالةً كأن انفتق كيس رجل فأخذه رجل بغيبة مالكه ثم تركه ضمن، لأنه بهذا الأخذ التزم حفظه دلالة[٢].

الفرق بين الإيداع والأمانة عند الفقهاء :

مذهب الحنفية :

جاء فى (الدر المختار) و(حاشية ابن عابدين عليه : أن الإيداع هو تسليط الغير على حفظ ماله صريحاً كأودعتك، أو دلالة كأن انفتق زِقّ[٣] رجلٍ فأخذه رجل بغيبة مالكه، ومثل ما لو وضع رجل ثوباً مثلاً بين يدى رجل ولم يقل شيئاً.

والوديعة : هى ما تترك عند الأمين (الوديع) للحفظ فقط. والفرق بين الوديعة والأمانة من وجهين :

أحدهما : أن الوديعة أخص من الأمانة؛ لأن الأمانة اسم وعلم لما هو غير مضمون، فتشمل جميع الصور التى لا ضمان فيها كالعارية والعين المستأجرة والموصى بخدمته فى يد الموصى له بالخدمة. والوديعة ما وضع للأمانة والحفظ بالإيجاب والقبول، فكانا متغايرين أى بالعموم والخصوص، فإن كل وديعة أمانة والعكس ليس كذلك.

والثانى : أن الوديعة خاصة بما ذكر، والأمانة عامة تشمل ما لو وقع فى يده شىء من غير قصد كأن هبت الريح بثوب إنسان وألقته فى حجر غيره.

وحكمهما مختلف فى بعض الصور أيضاً؛ لأن فى الوديعة يبرأ الوديع من الضمان بعد الخلاف إذا عاد إلى الوفاق - أى إذا تعدى على الوديعة ثم زال التعدى - وفى الأمانة لا يبرأ عن الضمان بعد الخلاف[٤].

مذهب المالكية :

الإيداع توكيل على مجرد حفظ مال، والوديعة هى المال الذى وُكّل على مجرد حفظه[٥].

فالوديعة لاتطلق إلا على الذات المودَعة، ولاتطلق على الإيداع لا لغة ولا اصطلاحاً[٦].

وعرفها ابن الحاجب بالمعنى المصدرى فقال: الوديعة استنابة فى حفظ المال[٧].

وجاء فى (حاشية الصاوى) الوديعة أمانة، وكُلُّ أمانة لايضمنها الأمين إلا إذا فرَّط منْ يصح توكيلُه فيها[٨].

---

(١) القاموس المحيط : ٣/٨٩ - ٩٠ مادة «ودع»، ط٣ بالمطبعة الأميرية ١٣٠١هـ.

(٢) حاشية ابن عابدين :٥/٦٦٢ ط٢ بمطبعة الحلبى ١٣٨٦هـ.

(٣) الزق : وعاء من جلد، يُجَزُّ شَعْرُه، يتخذ للماء والشراب وغيره. المعجم الوسيط مادة (زقق).

(٤) تكملة حاشية ابن عابدين على الدر المختار : ٢/٢٣١-٢٣٢، ط ٣، بالمطبعة الأميرية ببولاق، مصر، ١٣٣٦هـ.

(٥) الشرح الكبير : ٣/٤٢٣، ط١ بمطبعة السعادة بمصر ١٣٢٨هـ.

(٦) حاشية العدوى على شرح الخرشى لمختصر خليل : ٦/١٢٥، ط١، بالمطبعة الأميرية ببولاق - مصر ١٢٩٩هـ.

(٧) حاشية العدوى على شرح كفاية الطالب الربانى : ٢/٢٧٥- ٢٧٦.

(٨) حاشية الصاوى : ٣/٥٥١.

وجاء فى (شرح مختصر خليل):

الوديعة من الأمانات فشرط ضمانها يخرجها عن حقيقتها ويخالف ما يوجبه الحكم(١).

وجاء فى (المعونة): الوديعة أمانة محضة(٢).

مذهب الشافعية :

الإيداع شرعاً توكيل من المالك أو نائبه لآخر بحفظ مال، أو اختصاص كنجس منتفع به، فخرجت بذلك اللقطة، والأمانات الشرعية كأن طيَّر نحو ريح شيئاً إليه أو إلى داره وعلم به، لأن الائتمان فيهما من جهة الشرع.

والوديعة شرعاً هى العين المستحفظة، أو العقد المقتضى للاستحفاظ، فهى حقيقة فيهما(٣).

والفرق بين الوديعة والأمانات الشرعية أن الأمانات الشرعية تنتهى بالتمكن من الرد، ولاتستمر إلى طلب مالكها، بخلاف الوديعة، ويجب على من عنده الأمانة إعلام صاحبها بحصول المال بيده إن لم يعلمه، وبحصوله فى الحرز الفلانى إن علم أن المال عنده(٤).

مذهب الحنابلة :

الإيداع توكيل صاحب المال شخصاً جائز التصرف فى حفظه تبرعاً منه - أى من الحافظ - والاستيداع توكُّل جائز التصرف فى حفظ مال غيره تبرعاً بغير تصرف فى المال المحفوظ.

والوديعة شرعاً اسم للمال المودَع، أى المدفوع إلى من يحفظه بلا عوض - لحفظه - وبقيد المدفوع يخرج ما ألقته الريح ونحوها فى دار شخص من ثوب ونحوه فإنه يكون أمانة شرعية لا وديعة. وكذلك اللقطة من الأمانة وليست من الوديعة.

وتفترق الأمانة الشرعية عن الوديعة أيضاً بأن من حصل فى يده أمانة مما ذكر وجب عليه المبادرة إلى ردها مع العلم بصاحبها، ومع التمكن منه، وكذا إعلامه أى الواجب عليه أحد أمرين :

إما الرد أو الإعلام. والمراد بالرد التمكين من الأخذ. وتفترق أيضاً بأن الملتقِط أو من أطارت الريح إلى داره ثوباً لايقبل قوله فى رد ذلك لمالكه إلا ببينة؛ لأن المالك لم يأتمنه بخلاف الوديع(٥).

مذهب الظاهرية :

قال ابن حزم : الوديعة حفظ مال المسلم أو الذمى(٦).

وقال : فرضٌ على من أُودعت عنده وديعة حفظُها وردُّها إلى صاحبها إذا طلبها منه؛ لقول الله تعالى: ﴿وتعاونوا على البر والتقوى﴾(٧): ولقوله تعالى:﴿إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها﴾(٨) ومن البر حفظ مال المسلم أو الذمى(٩).

مذهب الزيدية :

الإيداع ترك مال مع حافظ لمجرد الحفظ بدون أجرة على حفظه، فخرج الرهن والإعارة

(١) شرح مختصر خليل: ٦/١١٣.
(٢) المعونة : ٢/١٢٠٤.
(٣) حاشية البيجرمى على الإقناع فى حل ألفاظ أبى شجاع: (٣/٢٢٨) ط١، مطبعة التقدم العلمية، بمصر، وتحفة المحتاج إلى شرح المنهاج: ٣/٦٧ ط١، المطبعة الوهبية مصر، ١٢٨٢هـ.
(٤) أسنى المطالب شرح روض الطالب :٣/٨٤، ط١، بالمطبعة الميمنية بمصر ١٣١٣هـ.
(٥) كشاف القناع : ٣/٣٩٥، ٤٠٤ ط١، بالمطبعة الشرقية بالقاهرة.
(٦) المحلى لابن حزم : ٩/١٦٧ مسألة رقم ١٣٨٨، ط١ مطبعة دار الاتحاد العربى للطباعة بالقاهرة ١٣٨٩هـ.
(٧) سورة المائدة، الآية:٢
(٨) سورة النساء، الآية: ٥٨.
(٩) المحلى: ٧/١٣٨.

بقيد كونه لمجرد الحفظ، وخرجت الإجارة بقيد أن الحفظ فى الإيداع بدون أجرة[١].

والفرق بين الوديعة والأمانة أن الوديعة هى الشىء الذى دفع لآخر بقصد حفظه، والأمانة هى الشىء الذى وقع فى ملك شخص من غير قصد كثوب مثلاً تلقيه الريح فى حجره أو داره، وكذلك يفرق بينهما فى بعض الأحكام، ففى الوديعة يبرأ الوديع من ضمان الوديعة إذا خالف فى حفظها مثلاً ثم عاد إلى الوفاق أى أزال التعدى - وهى سالمة - أما الأمانة فلا يبرأ من ضمانها إذا خالف - إلا بالرد على صاحبها[٢].

مذهب الإمامية :

الإيداع - أى عقد الوديعة - هو الاستنابة فى الحفظ بالذات. والفرق بين الأمانة الشرعية والوديعة أن الأمانة مأذون فى حفظها من قبل الشارع لا المالك، ومن حكم الأمانة الشرعية وجوب المبادرة إلى ردها وإن لم يطلبها المالك، ولايقبل قول الوديع وغيره ممن هى فى يده فى ردها إلا ببينة، بخلاف الأمانة المستندة إلى إذن المالك فإنه لايجب ردها بدون الطلب أو ما فى حكمه كانقضاء المدة المأذون فيها. وقد يقبل قوله فى ردها كالوديعة، وقد لايقبل كما إذا قبضها لمصلحة كالعارية والمضاربة.

ومن الأمانة الشرعية ما تطيره الريح إلى دار الغير من الأمتعة وما ينزع من الغاصب بطريق الحسبة، وما يؤخذ من الصبى والمجنون من مال الغير وإن كان كسباً من قمار كالجَوز والبيض، وما يؤخذ من مالهما وديعة عند خوف تلفه بأيديهما، وما يتسلمه منهما نسياناً، وما يوجد فيما يشترى من الأمتعة كالصندوق من مال لايدخل فى المبيع، واللقطة فى يد الملتقط مع ظهور المالك. وضابطه : ما أذن فى الاستيلاء عليه شرعاً ولم يأذن فيه المالك[٣].

مذهب الإباضية :

الوديعة والأمانة بمعنى واحد ويفرق بينهما باللفظ، فإن قال: ائتمنتك على كذا، ونحو ذلك فأمانة، وإن قال : استودعتك، فوديعة. وقد تستعمل الوديعة فيما يعطيه شخص لآخر ليحفظه له بسبب غيابه عنه بالسفر ونحوه، أو ليوصله إلى غيره. والاسم الوديعة، والمصدر الإيداع، وهو يستعمل بمعناها[٤].

حكم الإيداع :

مذهب الحنفية :

الإيداع عقد مشروع مندوب إليه، والدليل على ذلك قوله تعالى : **﴿وتعاونوا على البر والتقوى﴾**[٥]، وهو تعاون على البر؛ لأن قبول الوديعة من الإعانة لصاحبها بحفظ ماله، وقوله سبحانه : **﴿إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها﴾**[٦] وأداء الأمانة لايكون إلا بردها. وحفظ الأمانة يوجب سعادة الدارين،

---

(١) التاج المذهب :٣/٣٣٤، ط١، بمطبعة دار إحياء الكتب العربية ١٣٦٦هـ.

(٢) شرح الأزهار: ٣/٥١٠ ط٢، بمطبعة حجازى بالقاهرة ١٣٥٧هـ.

(٣) الروضة البهية : ١/٣٨٤ - ٣٨٥، ط١، بمطبعة دار الكتاب العربى بالقاهرة.

(٤) شرح النيل وشفاء العليل: ٧/٣٤، ط١، بمطبعة محمد بن يوسف البارونى بالقاهرة.

(٥) الآية رقم ٢ من سورة المائدة.

(٦) الآية رقم ٥٨ من سورة النساء.

والخيانة توجب الشقاء فيهما، قال عليه الصلاة والسلام : «الأمانة تَجُرُّ الغنى، والخيانة تَجُرُّ الفقر»[١]. وقال ﷺ : «الله تعالى فى عون العبد مادام العبد فى عون أخيه»[٢]. ومن محاسن قبول الوديعة اشتماله على بذل الوديع منافع بدنه وماله فى إعانة عباد الله، واستيجابه بذلك الأجر والثناء[٣].

مذهب المالكية :

الوديعة - بمعنى الإيداع - كما حكى البعض عن ابن عرفة، من حيث ذاتها للفاعل (المودع) والقابل لها مباحة، وقد يعرض وجوبها كإيداع الخائف لفقدها الموجب هلاكه أو فقره إن لم يودعها مع وجود قابل لإيداعها يقدر على حفظها، ولايجب على الإنسان قبول الوديعة ولو لم يوجد غيرٌ إلا لتخليص مستهلك كما يقع فى أيام النهب من الإيداع عند ذوى البيوت المحترمة، وكمالٍ فى يد محجور عليه إذا لم يؤخذ منه تلف.

وجاء فى (بداية المجتهد) : (وقبول الوديعة عند مالك لايجب فى حال، ومن العلماء من يرى أنه واجب إذا لم يجد المودع من يودعها عنده)[٤]. وقد تعرض حرمتها كمودع شيء غصبه، ولايقدر القابل على جحدها ليردها إلى ربها أو للفقراء إن كان المودع مستغرق الذمة بالدين، ولذا ذكر عياض فى مداركه عن بعض الشيوخ أن من قبل وديعة من مستغرق ذمة ثم ردها إليه ضمنها للفقراء - أى لبيت المال - كما فى الحطاب. وقد يعرض ندبها حيث يُخشى ما يوجبها فى المستقبل دون تحققه. وقد تعرض كراهتها حيث يخشى ما يحرمها فى المستقبل دون تحققه[٥].

مذهب الشافعية :

ويستحب لمن قدر على حفظ الوديعة ووثق بأمانة نفسه فيها أن يأخذها إن لم يتعين لأخذها؛ لأن ذلك من التعاون المأمور به، قال تعالى : ﴿وتعاونوا على البر والتقوى﴾[٦] هذا إذا لم يتعين عليه أخذها، فإن تعين ذلك عليه كأن لم يكن هناك من يصلح لذلك غيره وخاف هلاكها إن لم يأخذها وجب عليه أخذها، لأن حرمة المال كحرمة النفس، والدليل عليه ما روى ابن مسعود أن النبى ﷺ قال : «حرمة مال المؤمن كحرمة دمه»[٧] ولو خاف على دمه لوجب عليه حفظه، فكذلك إذا خاف على ماله، لكن لايجبر الوديع حينئذ على إتلاف منفعته ومنفعة حرزه مجاناً، فله أن يأخذ أجرة الحفظ كما يأخذ أجرة الحرز؛ لأن الأصح جواز أخذ الأجرة على الواجب العينى كتعليم نحو الفاتحة وإنقاذ الغريق، فإن امتنع من قبول الوديعة مع دفع الأجرة له أثم؛ لتركه الواجب بلا عذر، ولم يضمن إن تلفت؛ لأنه لم يلتزم حفظها.

ومنع الفارقى وابن أبى عصرون أخذ أجرة الحفظ أو أجرة الحرز إن تعين على الوديع ذلك؛ لأنه صار واجباً عليه، فأشبه سائر الواجبات والأصح الأول.

---

(١) فى مسند الشهاب: الأمانة تجر الرزق، و الخيانة تجر الفقر: ٧٢/١.

(٢) صحيح مسلم، كتاب الذكر والدعاء، باب فضل الاجتماع.

(٣) تكملة حاشية ابن عابدين: ٢٣١/٢، ٢٣٥، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعى بحاشية الشلبى : ٨٦/٥، ط١، بالمطبعة الأميرية، ببولاق مصر ١٣١٥هـ.

(٤) بداية المجتهد : ٣١٠/٢ ط١، مطبعة دار الاتحاد العربى بالقاهرة ١٣٨٦هـ.

(٥) الشرح الصغير: ٣١٨/٢ ط١، المطبعة الأميرية مصر ١٢٨٩هـ. والشرح الكبير : ٤٢٤/٣، ٤٣٦ط١، مطبعة السعادة بالقاهرة ١٣٢٨هـ.

(٦) الآية رقم ٢ من سورة المائدة.

(٧) سنن الدارقطنى، كتاب البيوع: ٢٦/٣ برقم ٩٤.

ولو تعدد الأمناء القادرون فالأوجه تعينها على من عرضت عليه كأداء الشهادة لئلا يؤدى التواكل إلى تلفها.

ولو علموا حاجته إلى الإيداع، لكنه لم يسأل أحداً منهم، قال ابن حجر فى (تحفة المحتاج) : الظاهر أنه لا وجوب هنا؛ لأنه لاتواكل حينئذ، وأنه يستحب لكل واحد منهم أن يعرض له بقبوله الإيداع إن أراده.

وإن عجز من يُراد الإيداع عنده عن حفظ الوديعة حرم عليه أخذها حتى وإن وثق بأمانة نفسه؛ لأنه يعرضها للتلف. قال ابن الرفعة : ومحله إذا لم يَعلم المالكُ بحاله، وإلا فلا تحريم ولا كراهة قال بعضهم : وتكون مباحة فى هذه وخالف فى ذلك الزركشى، قال : وفيه نظر، والوجه تحريمه عليهما، أما على المالك فلإضاعة ماله، وأما على الوديع فلإعانته على ذلك، وعلم المالك بحاله لايبيح له القبول، ومع ذلك فالإيداع صحيح فتكون الوديعة أمانة، وأثر التحريم مقصور على الإثم لايتعداه إلى الضمان، لكن لو كان المودِع وكيلاً أو ولىَّ يتيم حيث يجوز له الإيداع فهى مضمونة بمجرد الأخذ قطعاً.

أما إن كان الوديع لايثق بأمانة نفسه فى الوديعة حالاً أو مستقبلاً ففيه وجهان : **أحدهما**: يحرم عليه أخذها. **والثانى** : يكره له أخذها. وبه جزم فى أصل (المنهاج)، لكن عبارة (المحرر) : ولا ينبغى أن يقبلها.

قال الأذرعى : وبالتحريم أجاب الماوردى وصاحب (المهذب) والرويانى والشاشى والبغوى وغيرهم وهو المختار. قال : وليكن محل الوجهين فيما إذا أودع مطلق التصرف - أى الرشيد - مال نفسه.

وإلا فيحرم على الوديع أخذها منه جزماً. قال ابن الرفعة : ويظهر أن هذا إذا لم يعلم المالك حال الوديع، وإلا فلا تحريم ولا كراهة فتكون مباحة فتعتريها الأحكام الخمسة[١].

والحاصل أن الأصل فى الوديعة الاستحباب، وقد تخرج عنه إلى الوجوب أو الحرمة أو الكراهة لعوارض.

مذهب الحنابلة :

وقبول الوديعة مستحب لمن يعلم من نفسه الأمانة والقدرة على حفظها؛ لأن فى ذلك قضاءً حاجة أخيه المؤمن ومعاونته. وقد حث الرسول ﷺ على ذلك فقال : **«والله فى عون العبد مادام العبد فى عون أخيه»**[٢].

قال (المبدع): ويكره ذلك لغير الأمين أوغير القادر على حفظها إلا إذا رضى صاحبها. قال صاحب (كشاف القناع) : ولعل المراد بعد إعلام صاحبها بذلك إن كان لايعلمه، لئلا يغره الوديع[٣].

مذهب الظاهرية :

قال ابن حزم : فرض على كل من أودعت عنده وديعة حفظها؛ لقول الله تعالى :

(١) أسنى المطالب : ٧٤/٣ - ٧٥، والمهذب: ٣٥٨/١-٣٥٩ وحاشية البجرمى (٢٣٠/٣)، ومنهج الطلاب : ٢٦٦/٣، وتحفة المحتاج : ٦٨/٣.

(٢) سبق تخريجه

(٣) المغنى مع الشرح الكبير : ٢٨٠/٧، وكشاف القناع: ٢٩٥/٢.

﴿وتعاونوا على البر والتقوى﴾ ومن البر حفظ مال المسلم أو الذمى، وقد صح نهى رسول الله ﷺ عن إضاعة المال، وهذا عموم لمال المرء ومال غيره[(١)].

مذهب الزيدية :

[جاء فى التاج المذهب]: تصح الوديعة من جائزى التصرف بالتراضى مع قبول الوديعة وقبضه أو التخلية[(٢)].

وجاء فى [البحر الزخار]:

يجب قبولها حيث يَظُنُّ هلكتَها إن تركت، بقوله ﷺ: «حرمة مال المؤمن كدمه»[(٣)]. فإن لم يقبل أثم، ولا ضمان؛ إذ لا سبب له. وقد تندب للتعاون، أو تكره إن خشى من نفسه التعدى، وهى مشروعة إجماعًا؛ لقوله تعالى: ﴿وتعاونوا﴾[(٤)] وقوله ﷺ: «من استُودع وديعة فلا ضمان عليه»[(٥)].

وجاء فى [شرح الأزهار]: الوديعة تعتريها الأحكام الخمسة : فقد يكون الاستيداع واجباً، وهو عند خشية تلف مال الغير إن لم يستودعن فيجب على قول الإمام يحيى وأبى مضر؛ لقول النبى ﷺ : «حرمة مال المؤمن كحرمة دمه»[(٦)].

فإن لم يقبل أثِمَ ولاضمان؛ إذ لاسبب له. وقد يندب على قول السيدين للتعاون كما أخذ اللقطة. وقد يكون محظوراً وهو من يخشى من نفسه الخيانة أو عدم الحفظ، وقد يكون مستحباً، وهو ما عدا ذلك. وقد يكون مكروهاً، وذلك حيث يعرف من نفسه القدرة على حفظها ولايثق بأمانة نفسه[(٧)].

مذهب الإمامية :

جاء فى (المختصر النافع) : الوديعة جائزة من الطرفين. وتبطل بموت كل واحد منهما[(٨)].

مذهب الإباضية :

جاء فى (شرح النيل) : «لا يجب أخذ اللقطة وإن غلب على ظنه ضياعُ اللقطة وأمانةُ نفسه، كما لا يجب قبول الوديعة»[(٩)].

أركان عقد الإيداع:

مذهب الحنفية :

جاء فى (بدائع الصنائع):

«ركن عقد الإيداع هو الإيجاب والقبول؛ ولهذا الركن شرائط»[(١٠)].

وجاء فى (تكملة حاشية ابن عابدين):

ركن الإيداع هو الإيجاب والقبول، والإيجاب قد يكون صريحاً وهو أنْ يقول الشخص لغيره : أودعتك هذا الشيء لى، أو احفظ هذا الشيء لى، أوخذ هذا الشيء وديعة عندك، أو ما يجرى مجراه، وقد يكون كناية والمراد بها ما قابل الصريح، وهو أن يقول ذلك بلفظ يحتمل الوديعة

(١) المحلى : ١٦٧/٩ مسألة رقم ١٣٨٨.
(٢) التاج المذهب : ٢٣٥/٣.
(٣) أخرجه الدارقطنى فى سننه فى كتاب البيوع : ١٧٧/٧ برقم ٢٩٢٧.
(٤) سورة المائدة، الآية: ٢
(٥) البحر الزخار : ١٦٧/٥. والحديث أخرجه البيهقى فى السنن الكبرى ٢٨٩/٦.
(٦) سبق تخريجه.

(٧) شرح الأزهار : ٣/٣٥٠، والبحر الزخار : ١٦٧/٤.
(٨) المختصر النافع فى فقه الإمامية (صـ ١٥٠). ط دار الكتاب العربى بمصر.
(٩) شرح النيل : ١٥٢/١٢.
(١٠) بدائع الصنائع: ٢٠٨/٦، بتصرف يسير.

وغيرها، وذلك كقوله لشخص أعطيتك ألف درهم أو أعطيتك هذا الثوب فإنه يكون وديعة؛ لأن الإعطاء يحتمل الهبة ويحتمل الوديعة، لكن الوديعة أدنى وهو متيقن فصار كناية.

وقد يكون الإيجاب فعلاً، كما لو وضع شخص ثوباً مثلاً بين يدى شخص آخر ولم يقل شيئاً فهو إيداع، فلو ذهب وتركه ضمن الوديع إذا ضاع.. أما لو قال : لا أقبل الوديعة. لايضمن؛ إذ القبول عرفاً لايثبت عند الرد صريحاً.

والقبول من الوديع أيضاً قد يكون صريحاً كقوله : قبلت. وقد يكون دلالة كما لو سكت الوديع عند وضع الوديعة بين يديه أو فى داره مثلاً فإنه قبول دلالة، وكوضع شخص ثيابه فى حمام بمرأى من حافظ الثياب فى الحمام، ولا يكون الحمامى وديعاً مادام حافظ الثياب حاضراً، فإن كان غائباً فالحمامى هو الوديع، وكقول الشخص لصاحب الخان : أين أربط دابتى؟ فقال : هناك. كان هذا قبولاً يتم به عقد الإيداع.

واشتراط القبول فى عقد الإيداع إنما هو فى حق وجوب الحفظ فقط، وأما فى حق الأمانة - وهو عدم الضمان - فتتم بالإيجاب وحده، حتى لو قال المغصوب منه للغاصب : أودعتك المغصوب برئ الغاصب من الضمان، وإن لم يقبل صراحة ولا دلالة[1]؛ لأن كون المال أمانة حكم مختص برب المال فيثبت به وحده، وأما وجوب الحفظ فيلزم الوديع فلابد من قبوله صريحاً أو دلالة[2].

وإذا قال المالك : خُذْ هذا الحيوان واستخدمه كان إيداعاً مأذوناً بالانتفاع به، والحيوان وديعة أباح له المالك الانتفاع بها، ونفقته على المودع كما فى الهندية والبزازية وغيرهما.

وهذا إذا لم يستعره الآخذ - أى لم يقل له : أعرنى حيوانك هذا، وإلا كان عارية[3].

- شرائط الركن:

يشترط فى المودِع أن يكون عاقلاً فلا يصح الإيداع من المجنون والصبى الذى لايعقل؛ لأن العقل شرط أهلية التصرفات الشرعية، وأما بلوغه فليس بشرط، حتى يصحُّ الإيداعُ من الصبى المأذون؛ لأن ذلك مما يحتاج إليه التاجر فكان من توابع التجارة فيملكه الصبى المأذون كما يملك التجارة، وكذا حريته ليست بشرط، فيملك العبد المأذون الإيداع لماذكر فى الصبى المأذون له فى التجارة.

ويشترط فى الوديع أيضاً أن يكون عاقلاً، فلا يصح قبول الوديعة من المجنون أو الصبى الذى لايعقل؛ لأن حكم هذا العقد هو لزوم الحفظ، ومن لاعقل له لا يكون من أهل الحفظ وأما بلوغه فليس بشرط حتى يصحَّ قبول الوديعة من الصبى المأذون؛ لأنه من أهل الحفظ حيث أذن له الولى، ولو لم يكن من أهل الحفظ لكان الإذنُ له سفهاً.

وأما الصبى المحجور عليه فلا يصح قبول الوديعة منه؛ لأنه لايحفظ المال عادة بل يضيعه ولذا مُنع منه ماله. ولو قَبل الوديعة فاستهلكها : فإن

---

(١) تكملة حاشية ابن عابدين على الدر المختار ٢/٢٣٢ - ٢٣٤، وبدائع الصنائع : ٨/٣٨٨٠.

(٢) حاشية الشلبى على تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعى:٥/٧٦.

(٣) تكملة حاشية ابن عابدين على الدر المختار (٢/ ٢٧٠).

كانت الوديعة عبداً أو أمة يضمن بالاتفاق؛ لأن القتل أو الجرح ليس من عادة الصبيان فيضمنه. وإن كانت الوديعة سواهما من الأموال فإن قبلها الصبى بإذن وليه فكذلك يضمن بالاتفاق.

وإن قبضها بغير إذن وليه فلا ضمان عليه عند أبى حنيفة ومحمد لا فى الحال ولا بعد البلوغ. وعند أبى يوسف يضمن فى الحال. ووجه قوله أن إيداعه لوصح واستهلك الوديعة يوجب الضمان، وإن لم يصح جعل كأنه لم يكن فصار الحال بعد العقد كالحال قبله، ولو استهلكها قبل العقد لوجب عليه الضمان.

ووجه قولهما أن إيداع الصبى المحجور إهلاك للمال معنىً فكان فعل الصبى إهلاك مال قائم صورة لا معنىً فلايكون مضموناً عليه.

وكذلك حرية الوديع ليست بشرط لصحة العقد، حتى يصح القبول من العبد المأذون ويترتب عليه أحكام العقد؛ لأنه يحتاج إلى الإيداع والاستيداع[1].

ويُشترط فى المال المودَع أن يكون قابلاً لإثبات يد الوديع عليه وقت الإيداع؛ لأن حفظ الشيء بدون إمكان إثبات اليد عليه محال، فلو أودع العبدَ الآبقَ أو الطيرَ الذى هو فى الهواء، أو المال الساقط فى البحر لم يصح الإيداع؛ لأن كل ذلك غير قابل لإثبات اليد عليه ساعة الإيداع.

وجاء فى (الدر) ما يفيد كفاية قبول وضع اليد مثل من وضع ثيابه بين يدى رجل ساكت لتحقق الإيداع، وكذلك وضع الثياب فى الحمام وربط الدابة فى الخان يكون إيداعاً على ما سبق ذكره فى (الإيجاب والقبول)[2].

ويجور إيداع المشاع سواء كان يحتمل القسمة أم لا، صرح بذلك فى (الفصول العمادية)[3].

مذهب المالكية :

جاء فى (مواهب الجليل): «أركان الوديعة ثلاثة الصيغة والمودع والمودَع»[4].

الصيغة:

وتشتمل على الإيجاب والقبول، والإيجاب هو: أن يقول صاحب الوديعة : أضع عندك الوديعة، مثلاً. والقبول - وهو أن يقول الوديع : نعم أوقبلت لايشترط التلفظ به فى عقد الإيداع، بل يكفى فى قبول الوديعة الرضا بالسكوت فمن وضع مالاً عند شخص عالم بذلك المال، ولم يقل له : احفظه أو نحوه ففرط فيه كأن تركه وذهب فضاع المال ضمن؛ لأن سكوت الوديع حين وضعه صاحبه يدل على رضاه بالإيداع وقبوله حفظَ المال[5].

يشترط فى المودع أن يكون بالغاً عاقلاً رشيداً. ويشترط فى الوديع أن يكون مميزاً على ما قاله ابن رشد وحكى عليه الاتفاق. وخالفه اللخمى وقال : لابد أن يكون بالغاً رشيداً. ووافقه القرافى وابن الحاجب وابن عبد السلام وخليل فى (التوضيح). قال ابن عرفة : وعليه عمل أهل بلدنا[6].

وإن أودع شخص وديعة عند صبى أو سفيه فأتلفها كلاً أو بعضاً فإنه لاضمان عليه فيما

(١) بدائع الصنائع : ٨/ ٣٨٨٠ - ٣٨٨٢، وتكملة حاشية ابن عابدين : ٢/ ٢٣٤-٢٣٥.

(٢) تكملة حاشية ابن عابدين : ٢/ ٢٣٤، وتبيين الحقائق: ٥/ ٧٦.

(٣) تكملة حاشية ابن عابدين:٢/ ٣٦٩.

(٤) مواهب الجليل: ٥/ ٢٥٣.

(٥) الشرح الكبير : ٣/ ٤٢٤، وشرح الخرشى على مختصر خليل: ٦/ ١٣٦.

(٦) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير: ٣/ ٤٢٣، ط١ مطبعة السعادة، القاهرة ١٣٢٨هـ.

أتلف؛ لأن صاحب الوديعة هو الذى سلطه على إتلافها فهو المفرط فى ماله وسواء كان قبول الصبى أو السفيه للوديعة فإذن وليه أم لا، والإذن له فى ذلك مكروه ومحل عدم الضمان ما لم ينصبه وليه فى حانوته مثلاً للتجارة والمعاملات بين الناس كالصبيان الجالسين فى دكاكين مصر، وإلا يضمن وليه الناصبُ له، لأنه لما نصبه للبيع والشراء والأخذ والعطاء فقد أطلق له التصرف فتكون يده حينئذ بمنزلة يد وليه[1].

وجاء فى (حاشية الدسوقى على الشرح الكبير) : أن ابن عرفة اشترط فى العين المودَعة أن تكون مما يمكن نقله، وحينئذ فلا يصح إيداع العقار عنده، إلا أن تعريف خليل للإيداع بأنه توكيل بحفظ مال. يشمل العقار إذا وُكِّل الإنسانُ على حفظه فقط، فيسمى وديعة وهو ما ارتضاه الوَانُوغِيُّ والحطاب. وقال الحطاب : لم أر أحداً أخرج العقار عن أن يكون وديعة سوى ابن عرفة.

وكذلك يصح إيداع سند الحقوق كالوثيقة؛ لأنها متموَّل يراد حفظه لأجل ما فيه. وبناء على أن العين المودَعة لابد أن تكون مالاً - كما ذكر فى تعريف خليل للإيداع - لايصح إيداعُ الأبِ ولدَه لمن يحفظه؛ لأنه ليس بمال، وكذلك لايصح إيداعُ الزوج زوجةً عند مَنْ يحفظها خلال غيبته مثلاً لما ذُكِرَ، ولانتفاء لوازم الوديعة من الضمان؛ لأنه إذا فرط وأهمل فى حفظ الزوجة أو الولد حتى ذهبا وعُدما لايلزمه شىء. وهذا إذا لم يُفعل بأيهما فعلاً أدى إلى عدم رجوعه، وإلا ضمن دية كلٍّ منهما[2].

مذهب الشافعية :

جاء فى (مغنى المحتاج):

«أركان الوديعة بمعنى الإيداع أربعة: وديعة بمعنى العين المودَعة، ومودِع، ووديع، وصيغة»[3].

الصيغة:

عقد الإيداع لابد فيه من صيغة دالة على الاستحفاظ، فيشترط للإيداع الإيجاب بلفظ ناطقٍ، أو إشارة أخرس مفهمة، صريحة كانت كأودعتك هذا المال، واحفظه، ونحوه كاستودعتكه أو استحفظتكه، أو أنبتُك فى حفظه، أو هو وديعة عندك، أو استودعه أو استحفظه أو كناية، وينعقد الإيداع بها مع النية كخذه، أو مع القرينة كخذه أمانة. وبكتابة من أخرس أو ناطق مع النية كالبيع؛ لأن الإيداع عقد لا مجرد إذن فى الحفظ[4].

ويصح توقيت الوديعة وتعليق إعطائها بعد تنجيز عقدها كالوكالة، بخلاف تعليق نفس الوديعة فلا يصح كتعليق الوكالة فيكون كل منهما فاسداً، فلو علق المودع صيغة العقد نحو أن يقول: إذا جاء رأس الشهر فقد أودعتك هذا لم يصح، كما بحثه فى أصل (الروضة)، وجرى عليه ابن المقرى، وقطع الروياني بالصحة، وعلى الأول يصح

---

(١) شرح الخرشى : ٦/١٣٨، والشرح الكبير : ٣/٤٣٦-٤٣٧، والشرح الصغير : ٢/٢١٩.

(٢) حاشية الدسوقى والشرح الكبير : ٣/٤٢٣ - ٤٢٤، وحاشية الصاوى والشرح الصغير: ٢/٢١٨.

(٣) مغنى المحتاج : ٤/١٢٧-١٢٨.

(٤) أسنى المطالب شرح روض الطالب ٣/٧٥، ط١. بالمطبعة الميمنية بالقاهرة ١٣١٣هـ.

الحفظ بعد وجود الشرط كما يصح التصرف فى الوكالة حينئذ، ففائدة البطلان سقوط المسمى إن كان، والرجوع إلى أجرة المثل[١].

هذا بالنسبة للإيجاب، أما القبول فالأصح أنه لايشترط فى الوديع القبول للوديعة لفظاً، ويكفى مع عدم اللفظ القبض للوديعة ولو على التراخى كما فى الوكالة، بل أولى، عقاراً كانت الوديعة أو منقولاً، والمراد بالقبض حقيقته كما فى البيع، فلايكفى وضع الوديعة بين يدى الوديع مطلقاً - أى حيث سكت - ولم يقل له مثلاً ضعه[٢].

وقيل يشترط القبول لفظاً[٣].

ومع القبول لفظاً لايُشترط قبض، فلو قال المودِع : هذا المال وديعتى عندك، أو هذا وديعة، أو احفظه، فقال الوديع : قبلت، أو قال الوديع : ضعه. فوضعه المودِع فى موضع كان إيداعاً كما لو قبضه بيده، وهو ما قاله البغوى. وقال المتولى: لا يكون إيداعاً حتى يقبضه.

وفى فتاوى الغزالى لو قال : ضعه، فوضعه فى موضع بيده كان إيداعاً، ولو قال له نحو : انظر متاعى فى دكانى. فقال : نعم. لم يكن إيداعاً.

قال ابن حجر فى (تحفة المحتاج) : وكلام البغوى أوجه؛ لأن اللفظ أقوى من مجرد الفعل. وقد رجحه أيضاً الرافعى والأذرعى، ومن ثم جزم به صاحب (الأنوار) ومن تبعه[٤].

(١) أسنى المطالب :٣/٧٥، ومغنى المحتاج :٣/٨٠، وحاشية البيجرمى: ٣/٢٢٩، الطبعة الأولى، بمطبعة التقدم العلمية.
(٢) تحفة المحتاج : ٣/٦٩.
(٣) مغنى المحتاج : ٣/٨٠.
(٤) تحفة المحتاج: ٣/٦٩، ومغنى المحتاج: ٣/٨٠.

المودع والوديع:

لايصح الإيداع إلا من جائز التصرف فى المال بحيث يصح تصرفه ومباشرته فى الشىء المودَع فلا يُودِعُ مُحْرِمٌ صيداً[٥].

ولايصح الإيداع إلا من جائز التصرف، فلو أودع شخص مالك كامل الأهلية صبيًا أو مجنوناً أو سفيهاً لم يصح الإيداع؛ لأن القصد من الإيداع الحفظ والصبى والمجنون ليسا من أهل الحفظ[٦].

العين المودَعة:

يُشترط فى العين المودعة كونها محترمة، فلا يصح إيداع الخمر غير المحترمة وهى التى عصرت بقصد الخمرية، كما قال الرافعى، ونحوها مما لا اختصاص فيه، ككلب لا يجوز اقتناؤه وهو الذى يُقتنى لغير صيد أو حراسة زرع أو ماشية وآلة لهو. أما ما فيه اختصاص وإن كان نجسًا كجلد ميتة لم يدبغ وزبلٍ وكلبٍ يجوز اقتناؤه وخمرٍ محترمة وهي التى عصرت بقصد غير الخمرية، أى للخل مثلاً، ونحو حبةِ بُرٍّ فيجوز إيداعه كالمال، والوديعة كلُّ ما تثبت عليه اليد الحافظة.

ومنع ابن الرفعة والقَمولىِ أن ذلك كالمال، قالا: لأن حكم الوديعة الأمانة، والضمان بالتقصير، وهذا لا يضمن إذا تلف مطلقًا.

قال صاحب (أسنى المطالب): وهذا خلاف لفظى؛ إذ القائل بأنه كالمال لا يريد أنه يضمن

(٥) المهذب : ١/٣٥٩، وحاشية البيجرمى : ٣/٢٢٨.
(٦) المهذب : ١/٣٥٩، وانظر : تحفة المحتاج : ٣/٧٠.

بتلفه كالمال، بل يريد أنه يصح إيداعه ويجب رده مادام باقيًا كما فى المال غير المتمول فإنه كذلك، مع أنه إذا تلف لا يُضمن(١).

مذهب الحنابلة :

جاء فى (كشاف القناع): «شترط فى الوديعة أركان وكالة أى ما يعتبر فى الوكالة من البلوغ والعقل والرشد»(٢).

وجاء فى (مطالب أولى النهى): «يُعتبر لها - أى للوديعة لعقدها - أركانُ وكالةٍ، أى ما يعتبر فيها من كون كلٍّ منهما جائزَ التعرف، وتعيين وديع ونحوه؛ لأنها نوع منها»(٣).

الصيغة:

لايصح عقد الإيداع إلا بالإيجاب والقبول، ويجوز الإيجاب بقول المودع : أودعتك هذا الشيء. وبكل لفظ يدل عليه. وكذلك يجوز القبول بقول الوديع : قبلت وكل لفظ دل عليه. كما يجوز القبول بكل فعل يدل عليه، فيكفى القبض قبولاً للوديعة كالوكالة، ويجوز القبول على الفور والتراخى(٤).

المودع والوديع:

جاء فى [المغنى]: لا يصح الإيداع إلا مَنْ جائز التصرف، فإن أودع طفلٌ أو معتوه إنسانًا وديعة ضمنها بقبضها، ولا يزول الضمان عنه بردها إليه، وإنما يزول بدفعها إلى وليه الناظرِ له فى ماله أو الحاكم، فإن كان الصبى مميزًا صح إيداعه لِما أُذِنَ له فى التصرف فيه؛ لأنه كالبالغ بالنسبة إلى ذلك.

فإن أودع رجلٌ عند صبى أو معتوه وديعة فتلفت لم يضمنها سواءٌ حفظها أو فرَّط فى حفظها، فإن أتلفها أو أكلها ضمنها فى قول القاضى، ومن أصحابنا من قال: لا ضمان عليه؛ لأنه سلطه على إتلافها بدفعها إليه فلا يلزمه ضمانها، ألا ترى أنه لو دفع إلى صغير سكينًا فوقع عليها كان ضمانه على عاقلته؟

ولنا أن ما ضمنه بإتلافه قبل الإيداع ضمنه بعد الإيداع كالبالغ، ولا يصح قولُهم: إنه سلطه على إتلافها، وإنما استحفظه إياها، وفارق دفع السكين فإنه سبب للإتلاف، ودفع الوديعة بخلافه.

وإن أودع عبدًا وديعةً خُرِّج على الوجهين فى الصغير، إن قلنا: لا يضمن الصبى. فأتلفها العبد كانت فى ذمته. وإن قلنا: يضمن. كانت فى رقبته(٥).

العين المودَعة :

جاء فى (كشاف القناع): لا يصح إيداع ما ليس بمال ولا مختصٍ كالكلب الذى لا يجوز اقتناؤه، والخمرِ ونحوهما مما لا يُحترم(٦).

مذهب الزيدية :

جاء فى (البحر الزخار): «تصح الوديعة بإيجاب وقبول أو ما فى حكمها.. وتصح بين جائزى التصرف بالتراضى»(٧).

---

(١) أسنى المطالب : ٧٥/٣، وانظر: شرح منهج الطلاب بحاشية البيجرمى: ٢٦٥/٣، وتحفة المحتاج: ٦٨/٢.
(٢) كشاف القناع: ١٦٨/٤.
(٣) مطالب أولى النهى: ١٤٧/٤.
(٤) كشاف القناع: ٣٩٥/٢، ٤١١، والمغنى ٧٧/٥.
(٥) المغنى : ٤٠١/٦-٤٠٢.
(٦) كشاف القناع : ٣٩٥/٢.
(٧) البحر الزخار : ١٦٩/٥.

وجاء فى (التاج المذهب): «لابد فى صحتها من الإيجاب والقبول أو ما جرى به العرف، وتصح الوديعة من جائزى التصرف بالتراضى مع قبولِ الوديع وقبضه أو التخلية[١].

الصيغة :

لابد فى صحة عقد الإيداع من الإيجاب والقبول، أو ما فى حكمهما ولفظ ذلك: أودعتك، أو احفظ، أو نحوهما مما يعتاد. ويصح القبول بالإشارة مطلقاً، أما لو وضع شخص ثوبه أو نحوه عند آخر وقال : هذا عندك أو نحو ذلك، ولم يقبل الوديع ذلك بلفظ ولا إشارة لم يكن وديعة، وسواء كان الوديع فىْ صلاة أم لا فى الأصح[٢].

المودع والوديع:

لايصح عقد الإيداع إلا إذا جرى بين جائزى التصرف بالتراضى فلا يصح العقد من صبى ولا مجنون ولا مكرَه، سواء كان مودِعاً أو وديعاً[٣].

العينُ المودَعة:

يُشترط فى العين المودعة أن تكون مالاً، ولابد فيه من النقل عند الهادوية، أو ثبوت اليد على قول المؤيِّد بالله، قال فى (حاشية شرح الأزهار): ومفهوم هذا أن إيداع ما لا ينقل لا يصح على قول الهادوية. وقال الإمام يحيى: إنه يصح إيداع الأراضى ونحوها من العقار كالمنقول، إذا حصل القبض[٤].

مذهب الإمامية :

جاء فى (الروضة البهية): تفتقر الوديعة إلى إيجاب وقبول كغيرها من العقود، ولا حصر فى الألفاظ الدالة عليها[٥].

الصيغة:

لا حصر فى الألفاظ الدالة على الإيداع كما هو شأن العقود الجائزة (أى غير اللازمة) من الطرفين، فيكفى كل لفظ دل على الإيداع، كما يكفى التلويح والإشارة المفهومة لمعنى الإيداع اختيارًا، ويكفى فى القبول الفعل؛ لأن الغرض منه الرضا بالوديعة، وربما كان الفعل - وهو قبضها - أقوى من القول باعتبار دخولها فى ضمانه والتزامه بحفظها بواسطة القبض، وإن لم يحصل الإيجاب فيه أولى، إلا أن فى ذلك خروجًا عن باب العقود التى لا تتم إلا بصيغة من الطرفين المتعاقدين، ومن ثم قيل: إن الإيداع إذن مجرد لا عقد. وكيف كان لا تجب مقارنة القبول لإيجاب قوليًا كان أم فعليًا[٦].

المودع والوديع:

يشترط فى العاقدين أن يكون كل منهما أهلاً للإذن أى بالغاً عاقلاً، فلا يصح إيداع الطفل ولا المجنون، ويضمن القابض منهما..

وكذلك لايصح للطفل ولا للمجنون أن يستودعا الوديعة، ولو استودعا وقبضا لم يضمنا بالإهمال والتفريط فى الحفظ وغيره؛ لأن المودع لهما متلفٌ مالَه[٧].

(١) التاج المذهب: ٣/٢٣٥.
(٢) التاج المذهب: ٣/٢٣٤، وشرح الأزهار: ٣/٥٠٩.
(٣) شرح الأزهار : ٣/٥٠٩ - ٥١٠، والتاج المذهب : ٣/٢٣٤ - ٢٣٥، والبحر الزخار (١٦٨/٤) .
(٤) شرح الأزهار: ٣/٥٠٩، والبحر الزخار: ١٦٨/٤.
(٥) الروضة البهية: ٤/٢٣١.
(٦) السابق: ١/٣٨٤ ط ١.
(٧) الروضة البهية: ١/٣٨٦، وشرائع الإسلام: ١/٢٢٧.

مذهب الإباضية :

لصيغة الإيداع لفظان: استودعتُك، وائتمنتُك، وهما بمعنى واحد؛ لأن الأمانة والوديعة بمعنى واحد، فالبعض يعبر عنها بالأمانة، والبعض يقول: وديعة . وإن أخذ الوديع الوديعة لينتفع بها، وأذن له فى ذلك صاحبها فإنها تكون عارية لا وديعة(١).

آثار عقد الإيداع:

قال الزيلعى وغيرُه من الحنفية: وحكمها - أى الوديعة - صيرورة المال أمانة فى يد الوديع، ووجوب الحفظ عليه، ووجوب أداء المال عند طلب المودع(٢).

وأضاف صاحبُ الدر المختار إلى ذلك استحباب قبولها(٣)، وهو حكم الوديعة التكليفى، وقد سبق تفصيله فى (حكم الإيداع).

وقال صاحب مغنى المحتاج وغيره من الشافعية: أحكام الوديعة ثلاثة: الأول: الجواز - أى عدم لزومها - من الجانبين، والثانى: الأمانة، والثالث: ردها عند بقائها على مالكها(٤).

والحكم الأول - وهو الجواز - يدخل ضمن الحكم الثالث - وهو رد الوديعة كما أنه يتصل بفسخ الوديعة وانفساخها ولذا سيجرى ترتيب آثار عقد الإيداع وأحكامه على حسب ما ذكره الحنفية.

الأول: صيرورة المال أمانة فى يد الوديع وما يغيره إلى الضمان:

مذهب الحنفية:

العين المودَعة أمانة فى يد الوديع، أى هى غير مضمونة إذا هلكت بدون تعد؛ لما روى عن عمرو ابن شعيب عن أبيه عن جده أن النبى ﷺ قال: «لا ضمان على مؤتمن»(٥)، وقوله عليه الصلاة والسلام: «ليس على المستعير غير المغل ضمان، ولا على المستودع غير المغل ضمان»(٦)؛ ولأن الوديع متبرع فى الحفظ وهو إحسان منه وما على المحسنين من سبيل، ولأن للناس حاجة إلى الإيداع فلو ضمن الوديع لامتنع الناس عن قبول الودائع فتتعطل مصالحهم ويحرجون بذلك - هذا فضلاً عن أن يد الوديع هى يد المالك، فيكون هلاك الوديعة فى يده كهلاكها فى يد المالك فلا يجب الضمان، وسواء كان هلاك الوديعة بشىء يمكن التحرز عنه أم لا، وسواء هلك معها شىء من مال الوديع أم لا(٧).

وكذلك لا يضمن نقصانها إذا دخلها نقص؛ لأن النقصان هلاك بعض الوديعة، وهلاك الكل لا يوجب الضمان فهلاك البعض أولى(٨).

هذا كله إذا كان حفظ الوديعة بدون أجر، أما إذا كان بأجر فقال الخير الرملى: صرح الزيلعى فى كتاب الإجارة فى باب ضمان الأجير أن

---

(١) جوهر النظام:٣/٤٥٥، ط١، بالمطبعة العربية بالقاهرة ١٣٤٤هـ، وشرح النيل : ٧/٣٤ ط محمد بن يوسف البارونى وشركاه بالقاهرة.
(٢) تبيين الحقائق: ٥/٧٦، والفتاوى الهندية: ٤/٣٣٨.
(٣) تكملة حاشية ابن عابدين: ٢/٢٣٥.
(٤) مغنى المحتاج : ٣/٨١، وأسنى المطالب (٣/٧٦).

(٥) أخرجه البيهقى فى السنن الكبرى: ٦/٢٨٩ وعبدالرزاق فى مصنفه ٨/١٨٢ مرفوعا.
(٦) أخرجه البيهقى فى السنن الكبرى: ٦/٩١ رواية عن شريح، والدارقطنى فى سننه (كتاب البيوع - بداية الباب).
(٧) تبيين الحقائق: ٥/٧٦ - ٧٧، والعناية على الهداية بهامش نتائج الأفكار (تكملة فتح القدير) ٧/٨٩.
(٨) بدائع الصنائع: ٨/٣٨٩١.

الوديعة إذا كانت بأجر تكون مضمونة ومثله فى (النهاية) و(الكفاية شرح الهداية) وكثير من الكتب، وعللوه بأن الحفظ حينئذ مستحق على الوديع، فأفاد أن الأجرة تُخْرج الوديعة عن كونها أمانة إلى الضمان، وفى (صدر الشريعة): إذا سُرِق من الأجير المشترك والحال أنه لم يقصر فى المحافظة يضمن عند الصاحبين أبى يوسف ومحمد كما فى الوديعة التى تكون بأجر، فإن الحفظ مستحق عليه. وأبو حنيفة يقول: الأجرة فى مقابل العمل دون الحفظ فصار كالوديعة بدون أجر. قال ابن عابدين: عن (الأشباه) معزيًا للزيلعى: إن الوديعة بأجر مضمونة فليُحفظ(١).

اشتراط الضمان على الوديع:

اشتراط الضمان على الأمين (الوديع) كالحمامى والخَانىّ باطل وعليه الفتوى، نص على ذلك صاحب الخلاصة وصدر الشريعة وقال العلامة أبو السعود: ولو ضمن تسليمها صح(٢).

ما يغير حال الوديعة من الأمانة إلى الضمان:

يغير حال المعقود عليه - وهو الوديعة - من الأمانة إلى الضمان كثير من الأسباب والعوارض منها:

١- ترك الحفظ؛ لأن الوديع بعقد الإيداع التزم حفظ الوديعة على وجه لو ترك حفظها حتى هلكت يضمن بدلها، وذلك بطريق الكفالة، ولهذا لو رأى الوديع إنسانًا يسرق الوديعة وهو قادر على منعه ضمن لترك الحفظ الملتَزَم بالعقد وهو معنى قول مشايخ المذهب: إن الوديع يؤاخذ بضمان العقد.

٢- ترك الحفظ للمالك: وذلك مثل أن خالف الوديع فى الوديعة بأن كانت ثوبًا فلبسه أو دابة فركبها أو أودعها عند مَنْ ليس فى عياله ولا هو ممن يحفظ ماله بيده عادةً؛ لأن الملتزم بالعقد هو الحفظ للمالك، فإذا حفظ لانتفاع نفسه فقد ترك الحفظ للمالك فدخلت فى ضمانه(٣).

الخلاف فى الوديعة ثم الوفاق:

ومما يتصل بهذا الموضوع مسألة ما إذا خالف الوديع فى الوديعة ثم عاد إلى الوفاق - أى إذا تعدى عليها فلبس ثوبها أو ركب دابتها ثم زال التعدى بأن رد الثوب إلى مكانه والدابة إلى مربطها فإنه يبرأ من الضمان عند أبى حنيفة وأبى يوسف ومحمد. وعند زفر لا يبرأ عن الضمان؛ لأن الوديعة لما دخلت فى ضمان الوديع بالخلاف فقد ارتفع عقد الإيداع فلا يعود إلا بالتجديد ولم يوجد، فصار كما لو جحد الوديعة ثم أقرّ بها، وكذلك المستعير والمستأجر إذا خالفا ثم عاد إلى الوفاق لا يبرآن عن الضمان اتفاقًا لما ذكر فكذا هذا(٤).

ووجه قول أبى حنيفة وصاحبيه: أن الوديع مأمور بالحفظ وقد وجد، وهذا لأن الأمر بالحفظ مطلق فيتناول الأوقات كلَّها، فإذا خالف

(١) در المختار: ٦ / ٦٨.
(٢) تكملة حاشية ابن عابدين: ٢/ ٢٣٦، ٢٤٩.
(٣) بدائع الصنائع: ٨/٣٨٩١ - ٣٨٩٢.
(٤) السابق: ٨/٣٨٩٢.

فى البعض ارتفع حكم العقد فى ذلك البعض، فإذا رجع إلى الوفاق فى غيره أتى بالمأمور به فيه فارتفع الخلاف ضرورة فتعود أمانة[1].

وهذا - أى البراءة من الضمان بالوفاق - مقيد بما إذا لم يُنْقِصْها الاستعمال، فإن نقصها الركوب أو اللبس ضمن الوديع النقصان لصيرورته حابسًا لجزء منها على وجه التعدى، كذا فى (شرح تنوير الأذهان).

وقيده أيضًا صاحب (الدر المختار) وغيره - نقلاً عن قول لصاحب (الظهيرية) - بما إذا لم يكن من نية الوديع العود إلى الخلاف، فلو لبس الوديع ثوب الوديعة ونزعه ليلاً للنوم ومن عزمه أن يلبسه من الغد ثم سرق ليلاً لا يبرأ عن الضمان[2].

وهذا كله فيما إذا كان استعمال الوديعة يضرها ولا يرضاه المالك عادة، وإلا فلا ضمان على الوديع، فلو قرأ الوديع من مصحف الوديعة فهلك حال القراءة لا ضمان؛ لأن للوديع ولاية هذا التصرف - وهو القراءة - لأن كتب العلم ينبغى أن يجوز النظر فيها إذا كانت لا تتشى بالنظر والتقليب، ويكون كالاستظلال بالحائط، والاستضاءة بالنار لاسيما إذا كان مودعًا، وعادة الناس فى ذلك المساهلة والمسامحة، والاحتياط عدم النظر والتقليب إلا بأمر[3].

٣- ومنها جحود الوديع لعقد الإيداع فى وجه مالك الوديعة عند طلب ردها حتى لو قامت البينة على الإيداع أو نكل الوديع عن اليمين أو أقر بالإيداع دخلت الوديعة فى ضمانه، ولا يبرأ منه إلا إذا ردها على مالكها - كما فى الحواش الحموية - لأن العقد لما ظهر بالحجة فقد ظهر ارتفاعه بالجحود أو عنده؛ لأن المالك لما طلب من الوديع الوديعة فقد عزله عن الحفظ، والوديع لما جحد الوديعة حال حضرة المالك فقد عزل نفسه عن الحفظ فانفسخ العقد فبقى المال فى يد الوديع بغير إذن مالكه فيكون مضمونًا على الوديع حتى يرده لمالكه، وإذا هلك فى يده تقرر الضمان[4].

وجاء فى (حاشية ابن عابدين على الدر المختار): والحاصل على ماذكره المصنف أن الوديع لا يضمن إلا بشروط:

الأول: أن يجحدها عند طلب ردها؛ لأنه لو سأله المالك عن حالها كأن قال له: ما حال وديعتى عندك؛ ليشكره على حفظها فجحدها فهلكت لم يضمن؛ لأن كتمان الوديعة أمكن فى حفظها؛ لأنه بذكرها قد يتنبه لها الظالم والسارق فكان جحوده من باب الحفظ.

الثانى: أن تكون الوديعة مما ينقل؛ لأن العقار لا يضمن بالجحود عند أبى حنيفة وأبى يوسف لعدم تصور غصبه، خلافًا لمحمد فإن الغصب يجرى فيه عنده، فلو جحده الوديع يكون ضامنًا.

الثالث: أن ينقلها الوديع من مكانها الذى كانت فيه حال جحوده؛ لأنه بذلك يتحقق الغصب فى المنقول؛ لأن الغصب إزالة اليد المحقة وإثبات اليد المبطلة، وهو إنما يتحقق بنقلها من مكانها زمن

---

(١) تبيين الحقائق: ٥/٧٩.
(٢) تكملة حاشية ابن عابدين: ٢/٢٤٩ - ٢٥٠.
(٣) تكملة حاشية ابن عابدين: ٢/٢٦١.
(٤) بدائع الصنائع: ٨/٣٨٩٣، وانظر: تكملة حاشية ابن عابدين: ٢/٢٤٩، ٢٥١.

الجحود؛ لأن يده عليها يد أمانة لا ضمان، فإذا جحدها فنقلها فقد أزال يد الأمانة وأثبت يد الغصب، بخلاف ما إذا لم ينقلها فإن يد الأمانة باقية. وقد نقل هذا القيد الشرنبلالى عن الناطفى.

قال الخير الرملى: لم يظهر لأصحاب المتون صحة هذا القول فلم ينظروا إليه. فراجع المطولات يظهر لك ذلك.

وجاء فى (جامع الفصولين): أن الوديع يضمن بجحود الوديعة كالعارية ولو لم يحولها عن مكانها.

الرابع: ألا يكون هناك من يخاف على الوديعة منه عند الإنكار فلو جحدها الوديع فى وجه عدو ونحوه يخاف عليها التلف إن أقر بها أمامه ثم هلكت لا يضمنها؛ لأن هذا من باب حفظها.

الخامس: أن يكون جحود الوديعة عند مالكها أو وكيله[1]، فإن جحدها الوديع عند غير المالك حال غيبته قال أبويوسف: لا يضمن.

وقال زفر: يضمن فى الحالين جميعًا - أى عند المالك وعند غيره.

وجه قول زفر: أن ما هو سبب وجوب الضمان لا يختلف بالحضرة والغيبة كسائر الأسباب.

ووجه قول أبى يوسف: أن الجحود سبب للضمان من حيث أنه يرفع عقد الإيداع بالعزل على ما سبق ذكره، ولا يصح العزل حال الغيبة فلا يرتفع العقد[2].

وقول أبى يوسف هو المأخوذ به فى المذهب، كذا فى (الينابيع)[3].

٤- إتلاف الوديعة حقيقة أو معنى، وهو إعجاز المالك عن الانتفاع بها؛ لأن إتلاف مال الغير بغير إذنه سبب لوجوب الضمان، حتى لو طلبها مالك الوديعة فمنعها الوديع مع القدرة على الدفع والتسليم إليه حتى هلكت يضمن؛ لأنه لما حبسها عنه عجز عن الانتفاع بها للحال فدخلت فى ضمانه، فإذا ردها برئ، وإذا هلكت تقرر العجز فيجب الضمان[4].

٥- خلط الوديعة بغيرها، إذا خلط الوديع الوديعة بجنسها أو بغيره بغير إذن المالك بحيث لا تتميز أصلاً كخلط الشيرج (دهن السمسم) مع الزيت، أو لا تتميز إلا بكلفة كخلط الحنطة بشعير فإنه يضمن؛ لأنه إذا كان لا يتميز فقد عجز المالك عن الانتفاع بالوديعة فكان الخلط من الوديع إتلافًا فيضمن، وإذا ضمنها ملكها، لكن لا يباح له تناولها قبل أداء الضمان، وإن مات كان ضمنها لجميع الدائنين، والمودع أسوة الدائنين فيه[5].

والخلط على أربعة أوجه:

أحدها: خلط بطريق المجاورة مع تيسر التمييز كخلط الدراهم بالدنانير، والجوز باللوز، فهذا لا يقطع حق صاحب الوديعة عن وديعته بالاتفاق، ولو هلك قبل التمييز هلك أمانة كما لو هلك قبل الخلط.

(١) تكملة حاشية ابن عابدين: ٢/ ٢٥١، ٢٥٢، وانظر: الفتاوى الهندية: ٤/ ٣٥٢.
(٢) بدائع الصنائع: ٨/ ٣٨٩٤.

(٣) الفتاوى الهندية: ٤/ ٣٥٢.
(٤) بدائع الصنائع: ٨/ ٣٨٩٤.
(٥) تكملة حاشية ابن عابدين: ٢/ ٢٤٧ - ٢٤٨، وبدائع الصنائع: ٨/ ٣٨٩٤.

والثـانى: خلط بطريق المجـاورة مع تعـذر التمييز كخلط الحنطة بالشعير وهذا يقطع حق صاحب الوديعة عنها، ويوجب الضمان فى الرأى الصحيح.

والثـالث: خلط الجنس بخـلافـه ممازجـةً كخلط الخل بالزيت وكل مائع بغير جنسه، وهذا يوجب انتقال حق المالك إلى الضمان بالاتفاق.

والرابع: خلط الجنس بالجنس ممازجة كخلط اللبن باللبن أو خلط الجنس بالجنس مـجـاورة كخلط الحنطة بالحنطة: فعند أبى حنيفـة هو استهلاك مطلقًا لا سبيل لصاحبه إلا تضمين الوديع مثله أو قيمـتـه، وصار المخلوط ملكًا للخالط، ولا يباح له قبل أداء الضمان، ولو أبرأه سقط حقة من العين والدين.

وعند أبى يوسف ومـحـمـد: لا ينقطع ملك المالك عن المخلوط بل له الخيار إن شاء ضمن الخالط مثله، وإن شاء شاركه فى المخلوط بقدر حقه؛ لأنه يمكنه الوصول إلى عين حقه صورة ويمكنه معنى بالقسمة فكان استهلاكًا من وجه فيميل إلى أيهما شاء.

ولأبى حنيفة أنه استهلاك من كل وجه؛ لأنه فعل يتعذر معه الوصول إلى عين حقه[1].

ولو اختلطت الوديعة بمال الوديع بنفسها من غـيـر صنعـة كـأن انشق الكيس فى صندوقـه فـاختلطت بدراهمه لا يضمن، والمودع والوديع شريكان شركة أملاك فى المخلوط[2].

وكـذا إن خلطها الوديع بإذن المودع اشـتـركـا شـركـة أمـلاك، ولو خلطها غـيـر الوديع ضـمـن الخالط[3].

٦- ومنهـا لو أنفق الوديع بعض الوديعـة فى حـاجـة ضـمـن مـا انفق ولا يضـمن البـاقى إن هلك، وهذا إذا لم يَرُدَّ مثل ما أنفق، وكان الباقى مما لا يضره التبعيض بأن كانت الوديعة دراهم أو دنانير أو أشـيـاء من المكيل والموزون؛ لأنه لم يوجـد من الوديع إلا إتلاف قـدر مـا أنفق فـقط وهو حـافظ للبـاقى ولم يتـعـيب، وكـذا لو أودع وديعتين فـأنفق إحداهما ضمن ما أنفق فقط لما ذكر.

أما لو أنفق بعضها فرد مثله فخلطه بالباقى خلطًا لا يتميز معه الباقى ضمن الكل إن تلف لوجود إتلاف الكل منه، البعض بالإتلاف والبعض البـاقى بالخلط؛ لكون الخلط إتلافًـا على مـا سبق[4].

حكم نية المخالفة فى الوديعة:

لو أخذ الوديع بعض دراهم الوديعة على نية إنفاقها فلم ينفقها ثم بعد أيام ردها إلى موضعها وخلطها بالباقى ثم هلك الكل لا ضمان عليه كذا فى (المضمـرات)؛ لأن نفس الأخـذ ليس بإتلاف ونية الإتلاف ليست إتلافًا فلا توجب الضمان، والأصل فيه ما روى عن رسول الله ﷺ أنه قال: **«إن الله تبارك وتعالى عز شأنه عفا عن أمتى ما حدثت به نفسها ما لم يتكلموا أو يفعلوا»**[5]

(١) الفتاوى الهندية: ٣٤٨/٤، وانظر: تكملة حاشية ابن عابدين: ٢٤٧/٢.
(٢) بدائع الصنائع: ٢٨٩٤/٨ - ٢٨٩٥، وتكملة حاشية ابن عابدين: ٢٤٩/٢.
(٣) تكملة حاشية ابن عابدين: ٢٤٨/٢ - ٢٤٩، والفتاوى الهندية: ٣٤٩/٤.
(٤) بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع: ٢٨٩٥/٨، وتكملة حاشية ابن عابدين: ٢٤٩/٢.
(٥) أخرجه البخارى: كتاب العتق - باب الخطأ والنسيان فى العتاق والطلاق ونحوه.

فظاهر الحديث يقتضى أن يكون ما حدثت به النفس عفوًا على العموم إلا ما خُصَّ بدليل[١].

٧- ومنها الدلالة على الوديعة: فإذا دل الوديع السارق على الوديعة فأخذها السارق فإنه يضمنها، إلا إذا منعه حين جاء ليسرقها فأخذها السارق قهرًا فلا يضمن[٢].

٨- ومنها دفع الوديع الوديعة لغير صاحبها بطريق الإكراه والتهديد من سلطان جائر، وفى ذلك تفصيل: فإن خاف الوديع تلف نفسه أو عضوه إن لم يدفع الوديعة للمكرِه فدفعها له لم يضمن، وإن خاف الحبس أو الضرب أو القيد أو التجريس (أى الطواف به فى الناس) لا يجوز له أن يدفعها له فإن دفع فهو ضامن، وإن خشى أخذ ماله كله إن لم يدفع إليه الوديعة فدفعها إليه فهو معذور ولا ضمان عليه؛ لأن أخذ ماله كله يؤدى إلى تلف نفسه، بخلاف ما لو أبقى له قدر الكفاية، جاء ذلك فى (خزانة المفتين) ولم يبين فيها ما المراد بقدر الكفاية، هل كفاية يوم أو شهر أو العمر الغالب. قال ابن عابدين: والظاهر أن المراد بها كفاية شهر أو يوم. وقال أيضًا: والظاهر أن المنظور إليه ما وقع عند الوديع من خوف تلف نفسه أو عضوه أو حبسه أو أخذ ماله إن كان التهديد مطلقًا. أما إذا كان صريحًا بأحدها فالحكم ظاهر[٣].

٩- ومنها لو مات الوديع مُجَهِّلاً - أى قبل أن يبين حال الوديعة - ولا تعرف الوديعة بعينها من تركته فإنه يضمنها، ويكون ضمانها دينًا عليه فى تركته يقاسم به صاحبها مع الدائنين؛ لأن الوديع لما مات مُجَهِّلاً للوديعة فقد أتلفها معنى لخروجها من أن تكون منتفعًا بها فى حق صاحبها بالتجهيل وهو تفسير الإتلاف، وهذا إذا لم يكن الوارث عالمًا بها، أما إذا مات الوديع وهو يعلم أن وارثه يعلمها فلا ضمان، وذلك بأن سئل عن الوديعة فقال: عند فلان علمها[٤].

ولو أن الوديع لم يمت لكن جُنَّ جنونًا مطبقًا وله أموال فطُلبت الوديعة فلم توجد وقد يئسوا من أن يرجع إليه عقله كانت دينًا عليه فى ماله، ويجعل القاضى له وليًا يقبضها من ماله، ويأخذ بها ضمينًا ثقة من الذى يدفع إليه، كذا فى (الذخيرة)، فإن أفاق بعد ذلك وادعى أنه ردها إلى صاحبها، أو ضاعت عنده، أو قال: لا أدرى ما حالها كان القول قوله مع يمينه ويرجع على صاحب الوديعة بماله، كذا فى (الينابيع)[٥].

ومثل الوديعة فى ذلك سائر الأمانات كالعارية ومال المضاربة والعين المستأجرة وغيرها، فإنها تنقلب مضمونة بالموت عند التجهيل ويستثنى من ذلك عشر مسائل لا تضمن فيها الوديعة وغيرها:

إحداها: ناظر الوقف إذا قبض غلة الوقف ثم مات مجهلاً بأن لم توجد فى تركته ولم يُعلم ما صنع بها لا يضمنها فى تركته مطلقًا، وهذا فى

(١) بدائع الصنائع: ٣٨٩٦/٨، والفتاوى الهندية: ٣٤٨/٤.
(٢) الفتاوى الهندية: ٣٤٦/٤، وتكملة حاشية ابن عابدين: ٢٤٣/٢.
(٣) تكملة حاشية ابن عابدين: ٢٦٠/٢ - ٢٦١، والفتاوى الهندية: ٣٤٦/٤ - ٣٤٧.
(٤) تكملة حاشية ابن عابدين: ٢٤٢/٢ - ٢٤٣، وانظر: بدائع الصنائع: ٣٨٩٦/٨.
(٥) الفتاوى الهندية: ٣٥٠/٤.

غلة الوقف، أما لو مات مجهلاً لمال البدل أى لثمن الأرض المستبدلة أو لعين الوقف فإنه يضمن بموته مجهلاً لذلك.

الثانية: القاضى إذا قبض أموال اليتامى ومات ولم يبين عند من أودعها لا يضمن .. أما لو وضعها فى منزله ولا يُدرى أين وضعها ومات مجهلاً فإنه يضمنها.

الثالثة: السلطان إذا أودع بعض الغنيمة قبل القسمة عند أحد الغزاة معه ثم مات مجهلاً ولم يبين عند من أودع لا ضمان عليه، وكذا إذا مات السلطان مجهلاً أموال اليتامى عنده.

الرابعة: الوصى إذا مات وفى يده مال يتيم ولا يُدرى أين المال ولم يبين ضمن ذلك فى تركته. وإن عرف أنه دفعه إلى إنسان ولا يدرى إلى من دفعه لم يضمن؛ لأن له أن يحفظ مال اليتيم بغيره.

الخامسة: الأب إذا مات مجهلاً مال ابنه لا يضمن.

السادسة: الوارث إذا مات مجهلاً ما أودع عند مورثه لا يضمن.

السابعة: صاحب البيت إذا مات مجهلاً ما ألقته الريح فى بيته لا يضمن.

الثامنة: صاحب البيت إذا مات مجهلاً لما وضعه مالكه فى بيته بغير أمره لا يضمن.

التاسعة: الصبى إذا مات مجهلاً لما أودع عنده محجوراً لا يضمن؛ لأنه لم يلتزم الحفظ.

العاشرة: أحد الشريكين فى شركة مفاوضة إذا مات وفى يده مال الشركة ولم يبين فإنه لا يضمن نصيب شريكه، ذكر ذلك محمد فى باب الشركة من كتاب الأصل.

قال صاحب (الدر المختار): المعتمد أن هذه المسألة - الأخيرة - ليست من المسائل المستثناة لما نقله المصنف - أى التمرتاشى صاحب (تنوير الأبصار) - فى الشركة عن وقف (الخانية) أن الصواب أنه يضمن نصيب شريكه بموته مجهلاً، وخلافه غلط.

هذا، وزاد الشرنبلالى فى شرحه للوهبانية على العشرة تسعة هم: الجد، ووصيه، ووصى القاضى، وستة من المحجورين؛ لأن الحجر يشمل سبعة فإنه لصغر ورق وجنون وغفلة ودين وسفه وعته، وقد سبق ذكر الصبى ضمن العشرة السابقة.

١٠- ومنها أن الوديعة لا تودع ولا تعار ولا تؤاجر ولا ترهن فإن فعل الوديع شيئًا منها ضمن، كذا فى (البحر الرائق). ولو قال: الوديع بعت الوديعة وقبضت ثمنها. لا يضمن ما لم يقل: دفعتها للمشترى، كذا فى (الخلاصة)(١).

وجاء فى (الذخيرة) - أيضًا - أن المودع إذا وهب الوديعة للوديع، والوديعة ليست بحاضرة جاز ذلك وينوب قبض الوديعة عن قبض الهبة، ويصير الوديع قابضًا للهبة بنفس العقد حتى لو هلكت قبل أن يجدد الموهوب له فيها قبضًا هلكت من مال الموهوب له وهو الوديع(٢).

---

(١) تكملة حاشية ابن عابدين: ٢٤٣/٢ - ٢٤٧، وانظر أيضًا: الفتاوى الهندية: ٣٥٠/٤.

(١) السابق: ٣٥٩/٤.

١١- ومنها النسيان، فقد علق ابن عابدين على ما جاء فى (الدر المختار) أن الوديعة أمانة لا تضمن بالهلاك مطلقًا سواء أمكن التحرز عنه أم لا بقوله: «وليس منه النسيان، كما لو قال الوديع: وضعت الوديعة بين يدى فقمت ونسيتها فضاعت فإنه يضمن؛ لأنه مفرط بخلاف ما إذا قال: ضاعت ولا أدرى كيف ذهب الوديعة من منزلى ولم يذهب من منزلى شيء؟ فإن القول قوله مع يمينه، ولا يضمن لأنه أمين»(١).

وجاء فى (الفتاوى الهندية): لو قال الوديع: وضعت الوديعة بين يدى فى دارى ثم قمت ونسيتها فضاعت، ينظر إن كانت الوديعة مما لا يحفظ فى عرصة الدار ولا تعد العرصة حرزًا له كصرة الذهب والفضة ونحوهما يضمن، وإلا فلا يضمن.

وإذا قال: دفنتها فى كرمى أو دارى ونسيت مكانها لم يضمن إذا كان للدار والكرم باب، ولو قال: دفنتها فى موضع آخر ونسيت مكانها يضمن، كذا فى (الخلاصة)، وإن قال: لا أدرى وضعتها فى دارى أو فى موضع آخر يضمن، كذا فى (المضمرات)، وإن دفنها فى أرض فإن علّم بعلامة لا يضمن وإلا ضمن، وفى المفازة يضمن بكل حال(٢).

١٢- ومنها الخطأ، ففى (المحيط): إن ظن الوديع أنه جعل الوديعة فى جيبه فإذا هى لم تدخل الجيب فعليه الضمان(٣).

(١) تكملة حاشية ابن عابدين: ٢٣٦/٢.
(٢) الفتاوى الهندية: ٣٤٢/٤ - ٣٤٣.
(٣) المرجع السابق: ٣٤٥/٤.

مذهب المالكية:

الوديعة أمانة فى يد الوديع، وكلُّ أمانة لا يضمنها الأمين إذا تلفت إلا أن يحصل منه تفريط (مما سيأتى) [illegible]دى إلى تلفها فيضمنها حينئذ بشرط أن يكون رشيدًا(٤).

أجرة الوديعة:

ليس للوديع أن يأخذ من صاحب الوديعة أجرة حفظها؛ لأن عادة الناس أنهم لا يأخذون لحفظ الودائع أجرة، ولأن حفظها نوع من الجاه وهو لا يؤخذ عليه أجرة كالقرض والكفالة، وذلك إن لم يشترط الوديع أخذ الأجرة على حفظها. أما إن اشترطها فله أن يأخذها ومثل ذلك إذا جرى العرف بأخذ الأجرة على حفظها. أو كان مثل الوديع ممن يؤجر نفسه للحفظ والحراسة؛ لأن المذهب جواز أخذ الأجرة على الحراسة كما قال ابن عبدالسلام - وللوديع أخذ أجرة محل الوديعة الكائنة فيه فقط من المنزل والحانوت، سواء كان ملكًا له أو مستأجرًا، وذلك ما لم يشترط صاحب الوديعة عدم أخذ أجرة على ذلك، أو يجرى العرف بعدم الأخذ، أو كان مثل الوديع لا يأخذ أجرة على ذلك(٥).

اشتراط الضمان على الوديع:

لا ضمان على الوديع إذا شرط صاحب الوديعة عليه ضمانها إذا تلفت فى محل ضمان عليه نحو ضياعها بدون تفريط، ولا يُعمل بشرط صاحب الوديعة؛ لأن الوديعة من الأمانات،

(٤) الشرح الصغير: ٢١٩/٢.
(٥) الشرح الكبير: ٤٣٦/٣، وشرح الخرشى: ١٣٧/٦.

فشرط ضمانها يخرجها عن حقيقتها ويخالف ما يوجبه الحكم[١].

ويغير حال الوديعة من الأمانة إلى الضمان التفريط فيها، وهو أنواع:

١- منها ترك الوديع الحفظ الواجب عليه مثل أن يودعها عند غيره أو يسافر بها.

٢- ومنها انتفاع الوديع بالوديعة بغير إذن صاحبها فتلفت أو تعيبت وذلك مثل لبسه الثوب المودع فضاع أو أبلاه، واستخدامه العبد وركوب الدابة فهلكت؛ إلا أن في الدابة تفصيلاً ... قال الدسوقي في (حاشيته على الشرح الكبير): والحاصل أن الصور ثمانية، فإذا ركبها لمحل تهلك في مثله غالبًا أو جهل الحال أو استوى الأمران وتلفت ضمن، سواء كان التلف بسبب سماوي أو كان بتعديه، وإن ركبها لمحل لا تهلك في مثله عادة فلا ضمان إذا هلكت بسبب سماوي أو غيره من غير تعديه كما قال ابن القاسم، خلافًا لسحنون القائل بالضمان حتى ولو كان هلاكها بسبب سماوي[٢].

والضامن لها حينئذ الوديع سواء كان لبس الثوب أو ركوب الدابة حاصلاً منه أو من غيره بإذنه، وأما إن حصل من غيره بغير إذنه كغاصب فلا ضمان على الوديع، والضمان إنما هو على المتعدي[٣].

هذا - أي ما سبق - إذا تلفت الوديعة خلال انتفاع الوديع أو غيره بها، فإذا ردها الوديع سالمة إلى محلها التي كانت فيه ثم تلفت بعد ذلك فإنه لا ضمان عليه حينئذ.

والمراد بكونها سالمة أن تكون سالمة في ذاتها وصفتها وسوقها.

وإذا ردت الوديعة سالمة من الانتفاع بها فعلى الوديع أجرة تلك المدة التي انتفع بها. قال ذلك الحطاب في باب الغصب. قال الخرشي: ولكن ينبغي أن يقيد ذلك بها إذا كان صاحب الوديعة يليق به ذلك، وإلا فلا أجرة[٤].

٣- ومنها جحود الوديع للوديعة، فإذا أنكر الوديع أصل الوديعة بأن قال لصاحبها عند طلبها: ما أودعتني شيئًا. ثم اعترف بها بعد ذلك وادعى تلفها أو أنه ردها أو قام صاحبها عليه بينةً بالإيداع فادعى تلفها أو أنه ردها فلا تقبل دعواه الرد أو التلف حينئذ، ويكون ضامنًا لها، وإن لم يعترف الوديع بها ولم تشهد عليه بينةً بالإيداع فالقول قوله في إنكار أصل الإيداع مع يمينه، وإن أقام صاحب الوديعة على الوديع بينةً بالإيداع حين جحده، أو اعترف الوديع بالوديعة بعد الجحود ثم أقام بينةً بردها أو تلفها ففي قبول بينته قولان: الراجح منهما عدم القبول في الجميع؛ لأن الوديع أكذب البينة حين قال لصاحب الوديعة: ما أودعتني شيئًا؛ ولأنه بجحدها صار كالغاصب فيضمن إذا تلفت ولو بسبب سماوي من الله سبحانه.

والقول الثاني: تقبل بينته في الجميع؛ لأنه أمين، ولأنه ربما يقول: أردت ألا أتكلف بينة.

(١) شرح الخرشي: ١٢٩/٦.
(٢) الشرح الكبير: ٤٢٥/٣.
(٣) الشرح الكبير: ٤٢١/٣.
(٤) شرح الخرشي: ١٢٧/٦.

وهناك قول ثالث بالتفصيل وهو قبول بينة الوديع في تلف الوديعة وضياعها دون ردها، ولكنه ضعيف(١).

أما إذا قال الوديع في جحوده: ليس لك عندي وديعة. فإنه تقبل بينته بالرد؛ لأنه لم يكذبها بقوله(٢).

٤- **إتلاف الوديعة**: تضمن الوديعة بسقوط شيء من يد الوديع عليها فأتلفها، وسواء كان ذلك عمدًا أو خطأ.

وفي الحطاب: لا يجوز للوديع إتلاف الوديعة ولو أذن له صاحبها في إتلافها، فإن أتلف ضمنها، لوجوب حفظ المال.

وإذا نقل الوديع الوديعة من مكان إلى آخر فتلفت فإنه لا يضمنها إذا نقلها نقلَ مثلِها وكانت في حاجة إلى النقل، ونقل مثلها هو الذي يرى الناس أنه غير مُتَعَدٍ بِه، وهو يختلف باختلاف الأشياء(٣).

وكذلك يضمن الوديع إن منع رد الوديعة إلى صاحبها بعد أن طلب ردها إن تلفت أو ضاعت؛ لأنه متسبب في ضياعها بحبسه لها بعد طلبها(٤).

٥- **خلط الوديعة بغيرها**: إذا خلط الوديع الوديعة بغيرها بحيث يتعذر تمييزها، كما لو كانت الوديعة سمنًا وخلطها بدهن أو زيت أو عسل، أو يتعسر تمييزها كما لو كانت فولاً فخلطها بشعير فإنه يضمنها حينئذ بمجرد الخلط وإن لم يحصل فيها تلف. هذا ما يفيده كلام اللخمي وقَبِلَه المواق والحطاب، خلافًا لابن غازي حيث قيد الضمان بالخلط إذا حصل في الوديعة تلف. أما لو خلط الوديع مثليًا بمثلي كقمح خلطه بمثله جنسًا وصفة، أو خلط دنانير بدنانير أو بدراهم فلا ضمان عليه إذا فعل ذلك لأجل الإحراز أي الحفظ أو الرفق بأن كان هذا الخلط أرفق من شغل مخزنين بذلك واستئجارهما في الصورتين وإلا ضمن؛ لأنه يمكن إذا بقي كلٌ على حدته أن يضيع أحدهما دون الآخر(٥).

وإذا خلط مختلفي الصفة كحنطة سمراء بغيرها أو جيد برديء أو نقي بغلث فإنه يضمن لتعذر التمييز بعد ذلك، وكذلك يضمن لو خلط مختلفي النوع كقمح بأرز(٦).

٦- **ومنها إذا أخذ الوديع بعض الوديعة** بإذن أو بغير إذن ضمن المأخوذ فقط، ولا يضمن الوديع الباقي غير المأخوذ، سواء رد إليه ما أخذه أم لا(٧).

٧- **ومنها الدلالة على الوديعة** فإذا دل الوديع لصًا أو ظالمًا على الوديعة فسرقها اللص أو أخذها الظالم ضمنها الوديع(٨).

٨- **ومنها موت الوديع مجهلاً** فمن أخذ وديعة بغير بينة ثم مات فلم توجد الوديعة في تركته ولم يوص بها عند موته فإنها تؤخذ من

(١) الشرح الكبير: ٣/٤٢٩ - ٤٣٠، وشرح الخرشي: ٦/١٢١، والشرح الصغير: ٢/٢٢٣.
(٢) شرح الخرشي: ٦/١٢١.
(٣) السابق: ٣/٤٢٤.
(٤) السابق: ٣/٤٢٥.

(٥) الشرح الكبير: ٣/٤٢٤، وشرح الخرشي: ٦/١٢٦.
(٦) الشرح الصغير: ٢/٢١٩.
(٧) السابق: ٢/٢٢١.
(٨) الشرح الكبير: ٣/٤٣٠ - ٤٣١.

تركته أى يؤخذ عوضها وهو قيمتها أو مثلها من التركة، ويقاسم صاحبها بذلك مع الدائنين؛ لاحتمال أن الوديع اقترضها وهو الأقرب. وأما احتمال ضياعها فهو بعيد؛ إذ لوضاعت لتحدث بضياعها قبل موته، وسواء كانت الوديعة عينًا أو عرضًا أو طعامًا، إلا أن يطول الزمن من يوم الإيداع قدر عشر سنين فلا يضمنها، ويحمل على أنه ردها لصاحبها، وحمل كون العشر سنين طولاً إذا لم تكن الوديعة ثابتة ببينة، بل بإقرار الوديع أو ببينة غير مقصودة للتوثق، وإلا بأن كانت ثابتة ببينة مقصودة للتوثق ومثلها البينة الشاهدة بها بعد إنكاره لها فلا يسقط الضمان ولو تقادم الزمن وزاد على عشر سنين، كما نقله ابن عرفة واعترض على إطلاق ابن الحاجب. هذا إذا لم يوص بها الوديع قبل موته، أما لو أوصى بها فلا يكون ضامنًا لها، فإن كانت باقية أخذها صاحبها، وإن تلفت فلا ضمان، ويدخل فى إيصاء الوديع بها ما لو قال: هى بموضع كذا فمات ولم توجد فإنه لا يضمنها كما قال أشهب، وتحمل على الضياع؛ لأنه بقوله: هى بموضع كذا. كأنه ذكر أنه لم يقترضها، وهو مصدق لأمانته؛ ومن مات وعنده وديعة مكتوب عليها: هذه وديعة فلان بن فلان فإن صاحبها يأخذها بشرط أن يثبت بالبينة الشرعية أن الكتابة بخط الميت (الوديع)، أو خط صاحب الوديعة، ويأخذها حتى ولو وجدت أنقص مما كتب عليها حيث عين فى الكتابة قدرًا، ويكون النقص فى مال الميت إن علم أنه يتصرف فى الوديعة، وأما إن لم يعلم ذلك عنه فلا ضمان عليه، ويأخذها صاحبها بالأولى إن أثبت بالبينة الشرعية أن الوديعة له، أما إن ذكر أمارة فليس من حقه أن يأخذها لاحتمال أنه رآها[1].

٩- **ومنها تصرف الوديع فى الوديعة:** يحرم على الوديع اقتراض مال مقوم أودع عنده كثياب أو حيوان مقوم بغير إذن صاحبه؛ لأن المقومات تزداد لأعيانها وتختلف الأغراض فيها فلا يقوم بغيره مقامه وسواء كان الوديع موسرًا أو معسرًا. وكذلك يحرم على الوديع أن يقترض الوديعة حيث كان معسرًا، سواء كانت مقومة أو مثلية؛ لأنه مظنة عدم الوفاء، والشأن عدم رضا صاحبها بذلك، ويدخل فى المعسر من عنده مثل الوديعة أو مايزيد عليها بيسير؛ لاحتمال ذهاب ما بيده أو نقصه عنها عند إرادة ردها للحفظ، وينبغى أن يكون مثله سيئ القضاء والظالم ومن ماله حرام، ويكره للوديع الغنى أن يقترض الوديعة إذا كانت من النقود أو من المثليات؛ لأن الغنى غير المماطل مظنة الوفاء مع كون مثل المثلى كعينه؛ إذ المثليات لا تراد لأعيانها فالتصرف الواقع فيه كلا تصرف، وهذا فى مثلى يكثر وجوده ولا تختلف فيه الأغراض، وأما نادر الوجود أو ما تختلف فيه الأغراض كاللؤلؤ والمرجان فلا يجوز اقتراضه كالمقوم. ويكره للوديع التجارة بالوديعة، سواء كانت مما يحرم اقتراضها أو يكره، والفرق بين القرض والتجارة أن المقترض قصد تملك الوديعة وأن يصرفها فيما يصرف فيه ماله، والمتجر إنما قصد تحريكها ليأخذ ما حصل فيها من ربح، هذا ما جرى عليه ابن الحاجب وصاحب الرسالة وغيرهما.

---

(١) شرح الخرشى: ٦/١٣١، والشرح الكبير: ٣/٤٣٠.

وقــال الناصــر واللقــانى: يحــرم على الوديع التجارة بالوديعة إذا كان معسرًا أو كانت من مال متـ م. ويكره فى المثلى للعلة المتقدمة فى القرض، وشـ ـو الظاهر[١].

١٠- ومنهــا إذا نسى الوديع الوديعــة فى موضع إيداعها فضاعت فإنه يضمنها؛ لأن نسيانه لها جناية عليها[٢]. وكذلك يضمنها بالأولى إذا نسيها فى غير موضع إيداعها[٣].

١١- ومنها الخطأ فلو خرج الوديع بالوديعة من منزله يظنها أو يعتقد خطأ أنها مملوكة له فتلفت فإنه يضمنها، لأن ذلك جناية على الوديعة[٤]. والعمد والخطأ فى أموال الناس سواء، وكذلك يضمن الوديع الوديعة إذا دفعها لمن يظنه صاحبها[٥].

مذهب الشافعية:

الوديعــة أمــانة فى يد الوديع إن تلفت لم يضمنها، والأمــانة أصل فيهــا لا تَبَعٌ كمــا فى الرهن؛ لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قــال: «من أودع وديعــة فلا ضمان عليه»[٦].

وروى ذلك عن أبى بكر وعمــر وعلى وابن مسعود رضى الله عنهم وهو إجماع فقهاء الأمصار، ولأن الوديع يحفظها للمالك فكانت يده كيد المالك، ولأن حفظ الوديعة معروف وإحسان فلو ضمنت من غير عدوان زهد الناس فى قبولها فيؤدى إلى قطع المعروف.

وإن ولدت الوديعة ولدًا كان الولد أمانة أيضًا، لأنه لم يوجد فيه سبب يوجب الضمان لا بنفسه ولا بأمه. وهل يجوز للوديع إمساكه فيه وجهان: أحدهما: لا يجوز بل يجب أن يعلم صاحبه كما لو ألقت الريح ثوبًا فى داره. والثانى: يجوز؛ لأن إيداع الأم إيداع لما يحدث منها، فلا يجب رده إلا بالطلب.

الإيداع بأجرة:

والوديعة أمانة فى يد الوديع، سواء كانت بجُعل (عوض معلوم كالأجرة) أم لا كالوكالة؛ وذلك لأن الأمانة فى الوديعة ليست تبعًا فيها كالرهن، بل هى مقصودة وأصل فيها.

اشتراط الضمان وعدمه:

إن أودع شخص عند شخص مالاً وشرط عليه الضمان لم يصير المال مضمونًا بهذا الشرط؛ لأنه شرط غير صحيح، ولأن المال أمانة فلا يصير مضمونًا بالشرط كالمضمون لا يصير أمانة بالشرط، ولو اشترط الوديع على المودع أنه إذا تعدى أو فرط فى الوديعة لا ضمان عليه لم يصح هذا الشرط أيضًا؛ لأنه إبراء عما لم يجب بعد، فلو فرط أو تعدى فيها ضمنها بدون نظر لشرطه[٧].

ما يستثنى من ذلك:

قال ابن القاص وغيره: كل مال تلف فى يد

(١) شرح الخرشى: ٦/١٢٧ - ١٢٨، والشرح الكبير: ٣/٤٢٥ - ٤٢٦.
(٢) شرح الخرشى: ٦/١٢٩.
(٣) الشرح الكبير: ٣/٤٢٧، والشرح الصغير: ٢/٢٢٢.
(٤) شرح الخرشى: ٦/١٢٩.
(٥) الشرح الكبير: ٣/٤٢٨.
(٦) أخرجه ابن ماجه فى سننه (كتاب الأحكام - باب الوديعة).
(٧) المهذب للشيرازى: ١/٣٥٩، ومغنى المحتاج: ٣/٨١، وحاشية الرملى: ٣/٧٦.

أمين من غير تعد لا ضمان عليه إلا فيما استسلف السلطان لحاجة المساكين زكاة قبل حولها فتلفت فى يده فيضمنها لهم - أى فى بعض صورها المقررة فى محلها - وقول الزركشى «ويلحق بها ما لو اشترى عينًا وحبسها البائع على الثمن ثم أودعها عند المشترى فتلفت فإنها من ضمان المشترى ويتقرر عليه الثمن» ممنوع، بل الراجح أنه لا يتقرر عليه الثمن، فهو كما لو تلف فى يد البائع كما هو مقرر فى باب المبيع قبل قبضه[1].

ما يغير حال الوديعة من الأمانة إلى الضمان:

قد تصير الوديعة مضمونة على الوديع بالتقصير فيها، وللتقصير أشكال وأسباب كثيرة منها:

١- ترك الحفظ من غير عذر وما يتصل به من ترك تعهد الوديعة بالإنفاق عليها علفًا وسقيًا ونشرًا إن كانت تحتاج إلى ذلك، وكذلك إيداع الوديع لها عند غيره بغير إذن صاحبها وسفره بها، وعدوله عن الحفظ المأمور به من صاحبها أو عدوله عن الحفظ المعتاد وغير ذلك.

٢- انتفاع الوديع بالوديعة مثل أن يلبس الثوب المودع أو يجلس عليه مثلاً، أو يركب الدابة المودعة خيانة - أى بدون عذر فيضمن لتعديه، وكذلك لو قرأ الوديع فى الكتاب المودع عنده خيانة فإنه يضمنه، لما ذكر، قال ذلك المتولى.

أما لو ركب الوديع الدابة الجموح التى لا تنقاد بغير الركوب للسقى أو خوف الزمانة عليها، أو لبس الصوف ونحوه لدفع العث ونحوه فلا يضمن[2]؛ لأنه ليس بانتفاع، وإنما فعله الوديع لمصلحة صاحب الوديعة.

قال الأذرعى: ولو ركب الوديع الدابة خوفًا عليها من ظالم وهرب بها فالظاهر أنه يجوز ولا ضمان؛ إذ لا تعدى، وأخذ الوديع الوديعة من محلها للانتفاع بها يصيرها مضمونة عليه وإن لم ينتفع، وسواء أخرجها من الحرز أم لا[3].

ويتصل بهذا الموضوع مسألة الخلاف ثم الوفاق:

والحكم فيه هو أنه متى صارت الوديعة مضمونة على الوديع بانتفاع أو غيره من أسباب التفريط ثم ترك الوديع الخيانة ورجع عنها لم يبرأ من الضمان، كما لو ردَّ السارق المسروق إلى مكانه، ولا يجوز للوديع بعد الخيانة حفظها كما فى فتاوى البغوى، بل يلزمه ردها بخلاف المرهون فى يد المرتهن والمال فى يد الوكيل بعد تعديهما، والفرق هو ارتفاع أصل الوديعة بالخيانة بخلاف غيرها.

فإن أحدث المالك الرشيد للوديع ولو قبل أن يرد الوديعة إيداعًا ثانيًا، أو قال له: استأمنتك عليها أو أبرأتك من خيانتها، أو أمره بردها إلى الحرز برئ الوديع من ضمانها فى الأصح؛ لأن التضمين حق المالك وقد أسقطه، ولأن يد الوديع يد أمانة، والضمان عارض، وبالإبراء رجعت إلى أصلها بخلاف يد الغاصب ونحوه.

---

(١) مغنى المحتاج: ٣/٩١.

(٢) مغنى المحتاج: ٣/٨٨، وتحفة المحتاج: ٣/٧٨.

(٣) أسنى المطالب: ٣/٧٩.

ومقابل الأصح أنه لا يبرأ حتى يردها إليه أو إلى وكيله؛ لما روى الحسن عن سمرة عن النبى ﷺ أنه قال «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»(١) ويده بتعديه قد أخذت الوديعة، ولأن الإبراء إنما يكون عن حق فى الذمة ولا حق له فى الذمة فلم يصح الإبراء.

هذا إن أبرأ المالك الوديع من ضمان الوديعة بعد الخيانة. أما إن أبرأه قبل حدوث الخيانة كأن قال له فى الابتداء: أودعتك فإن خنت ثم تركت الخيانة عدت أمينًا، فخان ثم ترك الخيانة فلا يعود أمينًا قطعًا؛ لأنه إسقاط ما لم يجب، وتعليق للإيداع الثانى.

قال الأذرعى: ولا خفاء أن هذا الاستئمان إنما هو للمالك خاصة لا للولى ولا للوكيل ونحوهما، بل لا يجوز لهم ذلك، ولو فعلوه لم يعد أمينًا قطعًا.

ولو أتلف الوديع الوديعة ثم أحدث له المالك استئمانًا أو نحوه فى البدل لم يبرأ من الضمان بلا خلاف؛ لأن الواجب عليه أن يرد البدل إلى المالك(٢).

٣- جحود الوديع للوديعة: إذا جحد الوديع الوديعة بعد طلب المالك لها، بأن قال: لم تودعنى. صارت مضمونة عليه كخيانته، وهذا إذا جحدها بدون عذر، أما لو جحدها بعذر كأن طلبها المالك منه بحضرة ظالم يخشى على الوديعة منه فجحدها دفعًا للظالم لم يضمن؛ لأنه محسن بالجحد حينئذ ولم يمسكها لنفسه، وكذلك لو جحدها بدون طلب من مالكها حتى وإن كان الجحود بحضرته كقوله ابتداءً أو جوابًا لسؤال غير المالك: لا وديعة عندى لأحد لا يضمن؛ لأن إخفاءها أبلغ فى حفظها.

ولو لم يطلبها المالك ولكن قال: لى عندك وديعة فأنكر لم يضمن أيضًا على الأصح؛ لأنه قد يكون له فى الإخفاء غرض صحيح، كأن يريد به زيادة الحفظ بخلافه بعد طلبها.

ولو جحدها الوديع بعد الطلب ثم قال: كنت غلطت أو نسيت لم يبرأ من ضمان الوديعة إلا أن يصدقه المالك(٣).

٤- تضييع الوديع للوديعة وإتلافه لها: إذا ضيع الوديع الوديعة أو أتلفها فإنه يضمنها بالتضييع أو الإتلاف؛ لأنه مأمور بحفظها فى حرز مثلها ومأمور بالتحرز عن أسباب التلف(٤).

٥- خلط الوديعة بغيرها: لو خلط الوديع الوديعة بماله أو مال غيره فلم تتميز عنه بسهولة كحنطة بشعير فإنه يضمنها ضمان الغصب بأقصى قيم المتقوم ومثل المثلى؛ لأن ذلك خيانة، ولأن المالك لم يرض بذلك، وتدخل الوديعة فى ملك الوديع بمجرد الخلط الذى لا يمكن أو يعسر فيه التمييز، وسواء خلط الوديع الوديعة بأجود منها أم أردأ وسواء كان المخلوط بها كثيرًا أم قليلاً، كما قاله إمام الحرمين، وسواء أخلطها عمدًا أم سهوًا ضمن.

---

(١) أخرجه أبو داود فى سننه (كتاب البيوع - باب فى تضمين العور)، والترمذى (كتاب البيوع - باب ما جاء فى أن العارية مؤداة).
(٢) مغنى المحتاج: ٣/٩٠، وتحفة المحتاج: ٣/٧٨ - ٧٩، وأسنى المطالب: ٣/٨٠.
(٣) أسنى المطالب: ٣/٨٣.
(٤) السابق: ٣/٨٢.

أما إذا تميزت كأن كانت دراهم فخلطها بدنانير فلا ضمان على الوديع، إلا أن يحصل نقص بالخلط فيضمن.

٦- ولو أخذ الوديع بعض الوديعة كأن أخذ منها - وهى دراهم مثلاً - درهمًا لينتفع به فإن ردَّ بدله إلى الوديعة لم يملكه صاحبها إلا بالدفع إليه، ولم يبرأ الوديع من ضمانه، ثم إن لم يتميز عنها ضمن الجميع، لخلطه الوديعة بمال نفسه، وإن تميز عنها فالباقى غير مضمون عليه، وإن تميز عن بعضها لمخالفته بصفة كسواد وبياض وسكة ضمن ما لا يتميز خاصة، قاله الماوردى، وإن رده بعينه إلى الوديعة لم يضمن سواه من بقية الدراهم حتى وإن تلفت كلها أو لم يتميز هو عنها لاختلاطه بها؛ لأن هذا الخلط كان حاصلاً قبل أخذ الوديع له، وإن تلف نصف الوديعة ضمن نصف الدراهم فقط، هذا كله إذا لم يفض ختمًا عن كيس أو يفتح قفلاً عن صندوق فيه الدراهم، فإن فتحه، أو أودعه دراهم مثلاً مدفونة فنبشها ضمن الجميع وإن لم يأخذ شيئًا؛ لأنه هتك الحرز، وفى ضمان الصندوق والكيس وجهان: أحدهما: يضمنهما أيضًا، والثانى: لا يضمنهما؛ لأنه لم يقصد الخيانة فيهما، والأوجه الأول.

حكم نية المخالفة فى الوديعة :

لو نوى الوديع - بعد قبض الوديعة - أخذ الوديعة، أو نوى تعييبها ولم يأخذ ولم يعيب لم يضمن على الصحيح المنصوص؛ لأنه لم يحدث فعلاً بالوديعة ولا وضع يده المتعدية عليها، أما إن نوى ذلك عند العقد أو القبض للوديعة فإنه يضمن؛ لأن العقد أو القبض لما اقترن بنية التعدى صار كقبض الغاصب.

وقيل : يضمن وإن نوى ذلك بعد القبض كما لو نواه فى الابتداء، وأجاب الأول عن ذلك بأن النية فى الابتداء اقترنت بالفعل فأثرت، ولا كذلك هنا.

ومحل الخلاف فى التضمين، أما التأثيم فلا خلاف أنه يأثم بنية الأخذ.

قال الزركشى: يفهم من كلامهم أنه إذا أخذها يضمن من وقت نية الأخذ، حتى لو نوى يوم الخميس وأخذ يوم الجمعة يضمن من يوم الخميس. وقيل : يضمن من حين الأخذ، وينبنى على ذلك أنه إذا كانت قيمة الوديعة حين النية أكثر ضمنها...

والمراد بالنية - كما قال إمام الحرمين - تجريد القصد لأخذ الوديعة بأن قصده قصدًا مصممًا، فأما ما يخطر بالبال وداعية الدِّين تمنعه فلا حكم له، وإن تردد ولم يجزم قصدًا فالظاهر أنه لا حكم له حتى يجرد قصد العدوان[1].

٧ - الدلالة والإخبار عن الوديعة :

يضمن الوديع الوديعة إن دل عليها سارقًا أو من يصادر مالكها - أى يعارضه ويطمع فى أخذ ماله - لمنافاة ذلك للحفظ الذى التزمه بعقد الإيداع، ومن ثمَّ كان طريقًا فى الضمان[2].

٨ - إكراه الوديع على تسليم الوديعة لغير مالكها :

لو أكرهه ظالم وله ولاية عامة على تسليم الوديعة حتى سلمها إليه أو إلى

---

(١) مغنى المحتاج: ٣/٨٩، وتحفة المحتاج: ٣/٧٨، وأسنى المطالب.
(٢) وحاشية البيجرمى ٣/٢٦٩ - ٢٧٠.

شخص آخر فللمالك تضمين الوديع فى الأصح حتى وإن تمكن الظالم من أخذها قهرًا لو لم يسلمها الوديع، وذلك لمباشرته للتسليم، ولا عبرة بكونه مضطرًا للتسليم؛ لأن ذلك لا يؤثر فى ضمان المباشرة؛ إذ يستوى فيه الاختيار والاضطرار، ثم يرجع الوديع على الظالم حتى ولو علم أن الظالم لا يتسلمها لو لم يسلمها إليه الوديع على الأوجه؛ لأنه استولى عليها حقيقة، وللمالك مطالبة الظالم أيضًا. ومقابل الأصح أنه ليس للمالك تضمين الوديع؛ لأنه مكرَه فأشبه ما إذا أُخذت بغير فعل من جهته، ويطالب الظالم فقط. هذا إذا سلمها الوديع للظالم. أما إذا أخذها الظالم بنفسه قهرًا من غير فعل من الوديع فلا ضمان على الوديع قطعًا؛ لأنه لا تقصير منه، ويكون الضمان على الظالم فقط. ولو دل الوديع الظالم على الوديعة مكرها نقل الماوردى عن مذهب الشافعى أنه لا يضمن حينئذ كالمُحْرِم إذا دل على صيد لا يضمنه تقديمًا للمباشرة. وقال غيره: يضمن؛ لأن الوديع بالدلالة مضيع للوديعة. قال السبكى : وهذا يجب القطع به؛ لليد والتزام الحفظ بخلاف المُحْرِم...

ويجب على الوديع إنكار الوديعة عن الظالم والامتناع من إعلامه بها جهده، فإن ترك ذلك مع القدرة عليه ضمن، وله أن يحلف على ذلك لمصلحة حفظها...

ويجب أن يورِّى أى يقصد غير ما يحلف عليه فى يمينه إذا حلف وأمكنه التورية وكان يعرفها .. [١].

(١) مغنى المحتاج: ٣/٨٨، وتحفة المحتاج: ٣/٧٧ - ٧٨، وأسنى المطالب : ٣/٨٣، وحاشية البيجرمى ٣/٢٣٥-٢٣٦.

وإن أكره الوديع على قبول الوديعة ففعل وتلفت بلا تقصير منه لم يضمن كما لو قبلها مختارًا بل أولى[٢].

٩ - ترك الوديع الإيصاء بالوديعة وموته مُجَهِّلاً حالها :

فيلزم الوديع إذا مرض مرضًا مخوفًا أوحُبِس ليُقتل أن يرد الوديعة إلى المالك أو وليِّه أو وكيله العام أو الخاص فى قبضها فإن لم يمكنه ردها إلى واحد منهم فعليه دفعها إلى الحاكم الثقة المأمون إن وجده، أو يوصى بها إليه، فإن لم يجد حاكمًا فعليه دفعها إلى أمين أو يوصى بها إليه حتى ولوكان وارثًا فهو مخير بين إيداعها عند الأمين والإيصاء إليه فإن لم يفعل شيئًا من ذلك ضمن؛ لتقصيره فإنه عرض الوديعة للفوات؛ لأن الوارث يدعى أنها من مال مورثه اعتمادًا على ظاهر اليد ويدعيها لنفسه، وكذا لو أوصى إلى فاسق أو أودعه...

ومحل الضمان بغير إيصاء وإيداع - إذا تلفت الوديعة بعد الموت لا قبله على ما صرح به إمام الحرمين، ومال إليه السبكى؛ لأن الموت كالسفر فلا يتحقق الضمان إلا به، وهذا هو المعتمد. وقال الأسنوى : إنه بمجرد المرض يصير ضامنًا للوديعة حتى لو تلفت بآفة فى مرضه أو بعد صحته ضمنها كسائر أسباب التقصيرات.

ومحله أيضًا فى غير القاضى، أما القاضى إذا مات ولم يوجد مال اليتيم أو الوديعة فى تركته فلا يضمن وإن لم يوص به؛ لأنه أمين الشرع بخلاف سائر الأمناء ولعموم ولايته، قاله ابن الصلاح، قال : وإنما يضمن إذا فرط...

(٢) أسنى المطالب: ٣/٧٤.

والضمان فيما ذكر ضمان التعدى بتركه المأمور به، لا ضمان العقد كما اقتضاه كلام الرافعى. وهذا كله إذا تمكن الوديع من الرد أو الإيصاء أو الإيداع؛ أما إذا لم يتمكن من ذلك كأن مات فجأة أو قتل غيلة ونحو ذلك فلا يضمن لعدم تقصيره[1].

ولا أثر لكتابة الميت على شىء : هذا وديعة فلان أو كتابة فى جريدته : لفلان عندى كذا وديعة. إن أنكر الوارث، فلا يلزم الوارث تسليم الوديعة بذلك؛ لاحتمال أن مورثه كتبه هو أو غيره تلبيسًا، أو اشترى الشىء وعليه الكتابة فلم يمحها أو رد الوديعة بعد كتابتها فى الجريدة ولم يمحها، وإنما يلزم الوارث ذلك بإقراره أو إقرار مورثه (الوديع) أو وصيته أو ببينته[2].

١٠ - **النسيان** : وهو يعتبر تضييعًا للوديعة ويجعلها مضمونة على الوديع، فلو دفن الوديع الوديعة فى حرز ثم نسيه ضمنها وكذلك لو قعد فى الطريق ثم قام ونسى الوديعة[3].

١١ - **الخطأ** : وكذلك الخطأ يعتبر تضييعًا للوديعة موجبًا لضمانها على الوديع فى الجملة، فلو قطع الوديع يد الدابة المودعة أو أحرق بعض الثوب المودع عنده خطأ ضمن المتلف لتفويته ولايضمن الباقى؛ لعدم تعديه فيه. أما لو فعل ذلك عمدًا أو شبه عمد فإنه يضمن المتلف والباقى جميعًا لتعديه، ولا يخالف هذا ما جرى عليه مشايخ المذهب من تسويتهم الخطأ بالعمد فى الضمان؛ لأن محل التسوية فى ضمان الإتلاف كما فى البعض المتلف فى مسألتنا هذه ، لا فى ضمان التعدى كما فى ضمان الباقى فيها؛ إذ لا تعدى فيه[4].

ولو استعمل الوديع الوديعة ظانًا أنها ملكه فإنه يضمن مع أنه لا خيانة منه، كما فى (الروضة) وأصلها فى الغصب عن جزم إمام الحرمين. وقول الإسنوى : ظَنُّ المِلْك عذر. إنما هو بالنظر لعدم الإثم لا للضمان؛ لأن الضمان يجب حتى مع الجهل والنسيان[5].

مذهب الحنابلة :

الوديعة أمانة فى يد الوديع، فإذا تلفت بغير تفريط منه فليس عليه ضمان، سواء ذهب معها شىء من مال الوديع أم لم يذهب، روى ذلك عن أبى بكر وعلى وابن مسعود رضى الله عنهم.

وفى رواية أخرى عن أحمد قال: إن ذهبت الوديعة من بين مال الوديع غرمها؛ لما روى عن عمر بن الخطاب أنه ضمَّن أنس بن مالك وديعة ذهبت من بين ماله.

قال القاضى : والرواية الأولى أصح؛ لأن الله تعالى سماها أمانة بقوله سبحانه : **﴿فإن أمن بعضكم بعضًا فليؤد الذى اؤتمن أمانته﴾**[6] والضمان ينافى الأمانة. ويروى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبى ﷺ قال : «ليس على المستودع ضمان»[7] ويروون ذلك عن الصحابة الذين سبق ذكرهم، ولأن الوديع إنما يحفظها لصاحبها متبرعًا من غير نفع يرجع إليه.

---

(١) أسنى المطالب : ٣/٧٧ - ٧٨، ومغنى المحتاج: ٣/٨٣ - ٨٤.
(٢) أسنى المطالب :٣/٧٨.
(٣) مغنى المحتاج :٣/٨٨.

(٤) مغنى المحتاج : ٣/٨٩، وأسنى المطالب : ٣/٨٠.
(٥) مغنى المحتاج : ٣/٨٩، وتحفة المحتاج : ٣/٧٨.
(٦) الآية رقم ٢٨٣ من سورة البقرة.
(٧) سبق تخريجه.

اشتراط الضمان على الوديع :

إذا اشترط صاحب الوديعة على الوديع ضمان الوديعة فقبله، أو قال : أنا ضامن للوديعة فسرقت فلا شيء عليه، وكذلك كل ما أصله الأمانة كالمضاربة ومال الشركة والرهن والوكالة، وذلك لأنه شرط ضمان لم يوجد سبب ضمانه فلم يلزمه، كما لو شرط ضمان ما يتلف في يد مالكه[١].

ما يغير حال الوديعة من الأمانة إلى الضمان :

يغير حال الوديعة من الأمانة إلى الضمان في يد الوديع التعدى عليها أو التفريط فيها، ويندرج تحت ذلك كثير من الأسباب منها :

١ - **ترك الحفظ** فإذا لم يحفظ الوديع الوديعة كما يحفظها ماله، وهو أن يحرزها في حرز مثلها فإنه يضمنها، وكذا لو عجز الوديع عن حفظها ولم يردها لصاحبها، أو سافر بها في طريق مخوف ونحوه فإنه يضمنها أيضًا[٢].

٢ - **التعدى بالمخالفة** بدون إذن صاحب الوديعة، فلو أودع الوديع الوديعة عند غيره لغير عذر ضمنها؛ لأنه بذلك خالف أمر المودع، فإنه أمره بحفظها بنفسه، ولم يرض لها غيره[٣]. وكذا إن تعدى في الوديعة بانتفاعه بها فركب الدابة المودعة لغير نفعها أى لغير علفها وسقيها.. فإنه يضمنها لتصرفه في مال غيره بغير إذنه[٤].

ومما يتصل بهذا موضوع الخلاف في الوديعة ثم الوفاق.

جاء في المغنى : لو تعدى الوديع فلبس الثوب المودَع أو ركب الدابة أو أخذ الوديعة ليستعملها أو ليخون فيها ثم ردها إلى موضعها أى حرزها الذى كانت محفوظة فيه عنده بنية الأمانة لم يبرأ من الضمان؛ لأنه ضمنها بعدوان فبطل الاستئمان كما لو جحدها ثم أقر بها، وبهذا يبطل قول من قال: يبرأ لأنه ممسك لها بإذن مالكها أشبه ما قبل التعدى.

وإذا ضمن الوديع الوديعة بالاستعمال أو بغيره ثم ردها إلى صاحبها زال عنه الضمان، فإن ردها صاحبها إليه كان ابتداءً استئمان، وإن لم يردها الوديع إلى صاحبها ولكن جدد له صاحبها الاستئمان أو أبرأه من الضمان برئ من الخان في ظاهر المذهب؛ لأن الضمان حقه فإذا أبرأه منه برئ من الخيانة في ظاهر المذهب، لأن الضمان حقه فإذا أبرأه منه برئ كما لو أبرأه من دين في ذمته. وإذا جدد له استئمانًا فقد انتهى القبض بالمضمون فزال الضمان، وقد قال أصحابنا : إذا أودع المغصوب منه المغصوب عند الغاصب أو رهنه زال عنه الضمان فهنا أولى[٥].

وإذا أبرأ صاحب الوديعة الوديع من ضمان الوديعة قبل حدوث الخيانة من الوديع بالاستعمال ونحوه مما سبق كأن قال للوديع: كلما خنت ثم عدت إلى الأمانة فأنت أمين صح وعاد أمينًا وذلك لصحة تعليق عقد الإيداع على الشرط كالوكالة[٦].

---

(١) المغنى لابن قدامة ومعه الشرح الكبير : ٧/٢٨٠ - ٢٨١، وكشاف القناع : ٢/٣٩٥ - ٣٩٦.
(٢) المغنى لابن قدامه : ٧/٢٨٢ - ٢٨٤.
(٣) المغنى : ٧/٢٨٢.
(٤) كشاف القناع : ٢/٤٠٠ - ٤٠١، ٤١٨.
(٥) المغنى ومعه الشرح الكبير : ٧/٢٩٦.
(٦) كشاف القناع : ٢/٣٠٦، ٤١٩.

٣ - جحود الوديعة فلو جحد الوديع الوديعة ثم أقر بها ضمنها؛ لأنه بجحده خرج عن الاستئمان منها فلم يزل عنه الضمان بإقراره بها بعد ذلك؛ لأن يده صارت يد عدوان[١].

وكذلك يضمنها إن جحدها وقال للمودع : ما أودعتني ثم ثبت أنه أودعه، حتى لو ادعى الوديع بعد ذلك هلاكها[٢].

٤ - إتلاف الوديعة حقيقة أو حكمًا

فإتلافها حقيقة مثل أن يلقى بها في لجة البحر فيضمنها كما لو أتلفها من غير إيداع. وإتلافها حكمًا مثل أن يخلطها بما له خلطًا لا يتميز فيلزمه ضمانها أيضًا؛ لأنه بخلطها على هذا الوجه فوّت على نفسه إمكان ردها لصاحبها فيضمنها كما لو ألقاها في لجة بحر[٣]. ومثل أن يمتنع من دفع الوديعة بعد طلب صاحبها وبعد التمكن من دفعها[٤].

٥ - خلط الوديعة بغيرها فلو خلط الوديع الوديعة بما لم تتميز منه من ماله أو مال غيره ضمنها، سواء خلطها بمثلها أو دونها أو أجود من جنسها أو غير جنسها مثل أن يخلط دراهم بدراهم أو دهنا بدهن كالزيت بالزيت أو السمن أو غيره؛ لأنه إذا خلطها بما لا يتميز فقد صيرها في حكم التالف وفوت على نفسه إمكان ردها فلزمه ضمانها كما لو أتلفها حقيقة فألقاها في لجة بحر، وإن أمره صاحب الوديعة بخلطها بماله أو بغيره ففعل فلا ضمان عليه؛ لأنه فعل ما أمر به فكان نائبًا عن المالك فيه، وقد نقل مهنا عن أحمد في رجل استودع عشرة دراهم، واستودعه آخر عشرة وأمراه أن يخلطها فخلطها فضاعت الدراهم فلا شيء عليه، فإن أمره أحدهما بخلط دراهمه ولم يأمره الآخر فعليه ضمان دراهم من لم يأمره دون الدراهم الأخرى.

وروى صاحب الرعاية وجهين فيما إذا خلط الوديع إحدى وديعتي زيد بالأخرى بلا إذن وتعذر التمييز. وإن خلطها غير الوديع بما لا تتميز منه فالضمان على الخالط دون الوديع؛ لأن العدوان منه، فالضمان عليه كما لو أتلفها.

وإن اختلطت الوديعة بغيرها الذي لا تتميز منه كحنطة بحنطة أو دقيق بدقيق بغير تفريط من الوديع فلا ضمان عليه؛ لأن الوديعة لو تلفت بغير تفريط لم يضمن فخلطها أولى[٥].

فإن ضاع البعض فقط جعل من مال المودع - صاحب الوديعة - في ظاهر كلام أحمد، ذكره المجد في شرحه، وذكر القاضي في الخلاف : أنهما يصيران شريكين. قال المجد : ولا يبعد على هذا أن يكون الهالك منهما، ذكره في القاعدة الثانية والعشرين.

هذا إن خلطها الوديع بما لا تتميز منه. أما إذا خلطها بما تتميز منه كدراهم بدنانير، أو دراهم بيض بسود أو حنطة بشعير أو عدس لم يضمن، لإمكان التمييز فلا يعجز الوديع بذلك عن ردها على صاحبها فلم يضمنها، كما لو تركها في صندوق فيه أكياس له[٦].

---

(١) السابق : ٢/٤٠١، ٤١٨-٤١٩.
(٢) المغني ومعه الشرح الكبير : ٧/٢٩٠.
(٣) السابق : ٧/٢٨١.
(٤) كشاف القناع : ٢/٤٠١.

(٥) المغني : ٧/٢٨١، كشاف القناع ٢/٤٠١، ٤١٨.
(٦) كشاف القناع : ٢/٤٠١.

وقد حكى عن أحمد فيمن خلط دراهم بيضًا بسود يضمنها، قال ابن قدامة فى (المغنى) : ولعله قال ذلك لكونها تكتسب منها سوادًا أو يتغير لونها فتنقص قيمتها، فإن لم يكن فيها ضرر فلا ضمان عليه(١).

٦ - **أخذ بعض الوديعة** : لو أخذ الوديع - بلا إذن - بعض الوديعة كدرهم من دراهم مودعة، فإنه يلزمه ضمان ما أخذ، فإن رده بعينه أو رد بدله لم يزل الضمان عنه؛ لأن الضمان تعلق بذمته بالأخذ، بدليل أنه لو تلف فى يده قبل رده ضمنه فلا يزول إلا برده إلى صاحبه، فأما باقى الوديعة فينظر فيه : فإن كان فى كيس مختوم أو مشدود (مربوط) فكسر الختم أو حل الشد ضمن الجميع، سواء أخذ من الكيس أو لم يأخذ؛ لأنه هتك الحرز بغير إذن صاحبه، وإن خرق الكيس من فوق الشد ضمن أرش الكيس دون ما فيه؛ لأنه لم يهتك حرزه، وإن خرقه من تحت الشد ضمن أرش الكيس وضمن ما فيه من دراهم ونحوهما إن ضاعت لهتكه الحرز، وإن لم تكن الدراهم فى كيس أو كانت فى كيس غير مشدود، أو كانت ثيابًا فأخذ واحدًا منها ثم رده بعينه فضاع الكل لم يضمن غير ما أخذ؛ لأن الضمان تعلق بالأخذ فلم يضمن غير ما أخذه، كما لو تلف فى يده قبل رده، وإن رد بدله وكان متميزًا عن باقى الوديعة لم يضمن غيره أيضًا إن ضاع الكل لما ذكر، وإن لم يكن متميزًا فظاهر كلام الخرقى أنه لا يضمن غيره؛ لأن التعدى اختص به فيختص الضمان به، وخلط المردود بغيره لا يقتضى الضمان؛ لأنه يجب رده معها فلم يفوت على نفسه إمكان ردها؛ وقال القاضى : يضمن الكل إن ضاع؛ لأنه خلط الوديعة بما لا تتميز منه فيضمن الكل المردود وغيره - كما لو ضاع درهم مثلاً من الوديعة بعد رد الدرهم المأخوذ ولم يدر أهو المردود أو غيره فإن الوديع يضمنه؛ لأن الأصل عدم براءته.

ولو أذن صاحب الوديعة للوديع فى الأخذ من الوديعة ولم يأمره برد بدله فأخذ ثم رد بدل ما أخذ بلا إذن صاحبها فهو كرد بدل مالم يؤذن فى أخذه(٢).

ولو كان التعدى أو الجحد أو الخلط فى إحدى عينين، كأن كانت الوديعة كيسين ففعل ذلك فى أحدهما دون الآخر بطلت الأمانة فى الكيس الذى تعدى فيه دون الآخر، وحيث بطلت الوديعة وجب ردها فورًا؛ لأنها أمانة محضة وقد زالت بالتعدى، ولا تعود وديعة بغير عقد متجدد كما سبق(٣).

حكم نية المخالفة فى الوديعة :

إذا نوى الوديع الخيانة فى ا لوديعة بالجحود أو الاستعمال ولم يفعل لم يصر ضامنًا إذا تلفت الوديعة بدون تعد ولا تفريط؛ لقول النبى ﷺ : «عفى عن أمتى الخطأ والنسيان وما حدثت به أنفسها مالم تتكلم به أو تعمل به»(٤)، ولأنه لم يَحْدُث فى الوديعة ولم يخن بقول ولا فعل فلم يضمنها كالذى لم ينو. وفارق الملتقط إذا نوى تملك اللقطة فإنه عمل فيها بأخذها ناويًا للخيانة فيها فوجب الضمان بفعله المنوى لا بمجرد النية.

---

(١) المغنى : ٢٨٤/٧.

(٢) المغنى : ٢٩٥/٧ - ٢٩٦، وكشاف القناع : ٤٠١/٢-٤٠٢، ٤١٩-٤٢٠.

(٣) شرح المنتهى بها هامش كشاف القناع : ٤١٩/٢.

(٤) أخرجه النسائى فى السنن الكبرى : ٣٦٠/٣ .

ومن الفرق أيضًا أن الإيداع عقد والنية ضعيفة فلا تزيله بخلاف الالتقاط.

ولو أخرج الوديع الوديعة من حرزها بنية استعمالها ولم يستعملها ضمنها؛ لأنه تعدى بإخراجها من حرزها، أشبه ما لو استعملها، بخلاف ما إذا نقلها من مكان إلى مكان لحفظها[١].

٧ - **الدلالة على الوديعة** : إن دلَّ الوديع لصًا على الوديعة فسرقها ضمنها كل من الوديع واللص، أما الوديع فلمنافاة دلالته للحفظ الذى التزمه فى عقد الإيداع، أشبه ما لو دفعها لغيره، وأما اللص فلأنه المتلف لها حقيقة، واستقرار الضمان فى النهاية على اللص لمباشرته، وكذلك يضمن الوديع الوديعة إن سعى بها إلى ظالم فأخذها الظالم[٢].

وإن دفع الوديع الوديعة فى موضع وأعلم بها ساكنًا فى الموضع غير ثقة ضمنها؛ لأن غير الثقة ربما دل عليها أو أخذها[٣].

٨ - **الإكراه على تسليم الوديعة** وفيه تفصيل: لو سلم الوديع الوديعة إلى غير صاحبها كرهًا أو صادره سلطان لم يضمن الوديع الوديعة؛ لأن الإكراه عذر يبيح له دفعها فلم يضمنها، كما لو أخذها السلطان من يده كرهًا - أى قهرًا - وعند أبى الوفاء : إن ظُن أخذها من الوديع بإقراره كان دالاً ويضمن.

وإن طلب من الوديع أن يحلف أنه ليس عنده وديعة لفلان ولم يجد الوديع بُدًا من الحلف بأن كان الطالب ليمينه متغلبًا عليه بسلطنة أو تلصص ولا يمكنه الخلاص منه إلا بالحلف حلف متأولاً فينوى لا وديعة عندى لفلان فى موضع كذا من المواضع التى ليست بها الوديعة ونحوه ولم يحنث. فإن لم يحلف حتى أُخذت منه الوديعة وجب عليه ضمانها، لتفريطه بترك الحلف، وإن حلف الوديع أنه لا وديعة لفلان عنده ولم يتأول أثم لحلفه كاذبًا، لكن إثم حلفه دون إثم إقراره بالوديعة، ووجبت عليه الكفارةُ لحنثه بالحلف بلا تأويل.

وإن أُكره على اليمين بالطلاق أنه لا وديعة عنده لفلان فكما لو أُكره على إيقاع الطلاق أى فلا تنعقد، قال أبو الخطاب. قال الحارثى : وفيه بحث حاصله : إن كان الضرر الحاصل بالتغريم كثيرًا يوازى الضرر فى صور الإكراه فهو إكراه لايقع، وإلا وقع على المذهب.

وإن نادى السلطان أن من لم يحمل وديعة فلان عمل به كذا وكذا من أنواع التهديد فحملها الوديع إليه من غير مطالبة أثم وضمن. وقال ابن الزغوانى : إن لم يعينه السلطان أو عينه وتهدده ولم ينله بعذاب أثم وضمن وإلا فلا. قال صاحب (كشاف القناع) : وفى هذا القول فيما إذا عينه السلطان وتهدده نظر إذا كان قادرًا على الإيقاع به؛ لأنه إكراه[٤].

٩ - **موت الوديع مُجَهِّلاً ما عنده من ودائع** : لو مات إنسان وثبت أن عنده وديعة وجُهِلَتْ فى ماله - أى لم توجد بعينها فى تركته - فهى دين عليه تَغْرَمُها الورثة من تركته؛ لأنه لم

(١) المغنى : ٧/ ٢٩١، وكشاف القناع : ٢/ ٤٠١.
(٢) كشاف القناع وشرح المنتهى بهامشه : ٢/ ٣٩٦، ٤١٦.
(٣) شرح المنتهى بهامش كشاف القناع : ٢/ ٤١٨.

(٤) كشاف القناع وبهامشه شرح المنتهى : ٢/ ٤٠٣ - ٤٠٤.

يتحقق براءته منها، فإن كان عليه سواها فهي والدَّين سواء، فإن وفت تركته بهما كان بها، وإن لم توف اقتسماها بالحصص؛ لأنهما حقان وجبا فى ذمته فتساويا كالدينين، وسواء وجد فى تركة الميت من جنس الوديعة أو لم يوجد. وهذا إذا أقر الوديع قبل موته أن عندى وديعة، أو علىَّ وديعة لفلان، أو ثبت ببينة أنه مات وعنده وديعة، فأما إن كانت عنده وديعة فى حياته ولم توجد بعينها ولم يعلم هل هى باقية عنده أو تلفت؟ ففيه وجهان، أحدهما : وجوب ضمانها؛ لأن الوديعة يجب ردها إلا أن يثبت سقوط الرد بالتلف من غير تعدٍ ولم يثبت ذلك، ولأن الجهل بعينها كالجهل بها وذلك لا يُسْقِط الردَّ. والثانى : لاضمان عليه؛ لأن الوديعة أمانة، والأصل عدم إتلافها والتعدى فيها فلم يجب ضمانها. وظاهر المذهب الأول؛ لأن الأصل وجوب الرد فيبقى عليه مالم يوجد ما يزيله[1].

وإن مات الوديع وعنده وديعة معلومة بعينها فعلى ورثته تمكين صاحبها من أخذها أو إعلامه بموت الوديع، أو بالوديعة إن لم يكن يعلم بذلك. فإن تلفت الوديعة عند وارث الوديع قبل إمكان ردها إلى صاحبها لنحو جهل بها أو به لم يضمنها؛ لأنه معذور. أما إن تلفت بعد إمكان ردها أو الإعلام بها فإنه يضمنها لتفريطه بالتأخير[2].

ولا تثبت الوديعة إلا بإقرار من الوديع أو ورثته بعد موته أو ببينة تشهد بها كسائر الحقوق، وإن وجد على ظرف الوديعة مكتوب وديعة لم يكن حجة على الورثة؛ لجواز أن يكون الظرف كانت فيه وديعة قبل هذه، أو كانت وديعة لمورثهم عند غيره، أو كانت وديعة فابتاعها و نحو ذلك.

وكذلك لو وَجَدَ الوارثُ فى رزمانج – أى دفتر – أبيه أن لفلان عندى وديعةً لم يلزمه ذلك لجواز أن يكون قد ردها أبوه ونسى الضرب على ماكتب أو نحو ذلك[3].

قال صاحب(كشاف القناع) : وهذا هو ما اختاره القاضى فى (المجرد) وابن عقيل والموفق (ابن قدامة)، وقدمه الشارح (صاحب الشرح الكبير) ونصره، وجزم به فى (الحاوى الصغير) و(النظم).

والصحيح من المذهب – كما فى (الإنصاف) وغيره – أنه يُعمل بذلك وجوبًا، وقطع به فى (التنقيح)، وتبعه فى (شرح المنتهى)، ثم قال : وإن وجَدَ وارثٌ خط مورثه : لفلان عندى وديعة. أو وجد على كيس ونحوه ككتاب وصندوق مكتوب : هذا لفلان. عمل به الوارث وجوبًا، كما يعمل بإقراره باللفظ[4].

ومن حضرته الوفاة وعنده وديعة فلان ردها على صاحبها الحاضر أو من يحفظ ماله عادة كزوجته وخازنه، أو وكيل صاحبها فى قبضها إن كان لصاحبها وكيل فى قبضها أو قبض حقوقه؛ لأن فى ذلك تخليصًا له من ضمانها وإيصالاً للحق إلى مستحقيه. فإن دفعها إلى القاضى حينئذ ضمن؛ لأنه لا ولاية للقاضى على رشيد حاضر، ويلزمه مؤنة ردها لتعديه، فإن لم يجد الوديع صاحبها ولا وجد وكيله ولا من يحفظ

(١) كشاف القناع : ٢/٤٠٢، ٤٢٦، والمغنى ومعه الشرح الكبير ٧/٢٨٩–٢٩٠.

(٢) المغنى ومعه الشرح الكبير : ٧/٢٩٠، وكشاف القناع وشرح المنتهى بهامشه : ٢/٤٠٤، ٤٢٢.

(٣) المغنى : ٧/٢٩٠.

(٤) كشاف القناع وشرح المنتهى : ٢/٤٠٥، ٤٢٣.

ماله عادة دفعها إلى القاضى المأمون؛ لأن القاضى يقوم مقام صاحبها عند غيبته، فإن تعذر دَفْعُها للقاضى المأمون أَوْدَعَها عند ثقة أو دفنها إن لم يضرها الدفن وأعلم بها ثقة يسكن ذلك المكان الذى دفنت فيه، فيكون الدفن وإعلام الثقة الساكن كإيداعه؛ لأن الحفظ يحصل به، والظاهر أنه إذا أودعها عند ثقة مع قدرته على القاضى أنه يضمنها، وكذلك يضمنها إن دفنها ولم يُعْلِم بها أحدًا أو دفنها وأعْلَم بها غير ثقة، أو أعلم بها من لا يسكن ذلك المكان الذى دفنت فيه ولو ثقة؛ لتفريطه؛ لأنه إذا لم يُعْلِم أحدًا فقد يموت أو تضل عن موضعها فلا تصل إلى صاحبها، وإذا أعلم بها غير ثقة ربما أخذها أو دلَّ عليها من يأخذها. ومن لا يسكن مكان دفنها لا يتأتى حفظه ما فيه، وكذا لو كان الدفن يضرها[1].

١٠ - **الخطأ** : جاء فى (كشاف القناع) : إن سلم الوديع الوديعة إلى من يظنه صاحبها فتبين خطؤه ضمنها؛ لأنه فوت الوديعة على صاحبها[2].

مذهب الظاهرية :

قال ابن حزم : إن تلفت الوديعة فلا ضمان على الوديع فيها؛ لأن حفظها إحسان منه، والله تعالى يقول : **﴿ما على المحسنين من سبيل﴾**[3]، ولقول الرسول ﷺ : «إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام»[4]، فمالُ هذا الوديع حرام على غيره ما لم يوجب أخذه منه نص، وقد صح عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه تضمين الوديعة، وروى عنه وعن غيره ألا تضمن[5].

ما يغير حال الوديعة من الأمانة إلى الضمان :

يغير حال الوديعة من الأمانة إلى الضمان - عند ابن حزم - التعدى والتضييع، قال : فإن تعدى الوديع فى الوديعة أو أضاعها فتلفت لزمه ضمانها، ولو تعدى على بعضها دون البعض لزمه ضمان ذلك البعض الذى تعدى فيه فقط.

والتعدى هو التجاوز فى اللغة التى نزل بها القرآن، وبها خاطبنا رسول الله ﷺ ، والله تعالى يقول : **﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾**[6] فيضمن الوديع ضمان الغاصب فى كلِّ ما ذكرنا فى حكم الغصب.

وإضاعة الوديع للوديعة تعتبر من التعدى لما أمر به[7].

ومن التعدى أيضًا أن يخالف الوديع فى الوديعة ما حَدَّ له صاحبُها، إلا أن يكون فيما حَدَّ له هلاكها يقينًا فعليه حفظها؛ لأن هذا هو صفة الحفظ، وما عداه هو التعدى فى اللغة وعرف الناس[8].

مذهب الزيدية :

الوديعة أمانة فى يد الوديع لا يضمنها إلا لتعدٍ ونحوه مما سيأتى، وقول الحسن البصرى : «لا تضمن إلا إذا شرط ضمانها» محمول على ضمان

---

(١) السابق : ٣٩٩/٢ - ٤٠٠، ٤١٦ - ٤١٧.
(٢) السابق : ٤٠٤/٢.
(٣) الآية رقم (٩١) من سورة التوبة.
(٤) أخرجه البخارى فى صحيحه كتاب العلم - باب قول النبى رب مبلغ أوعى من سامع، ومسلم كتاب الحج - باب حجة النبى ﷺ.
(٥) المحلى : ١٦٧/٩.
(٦) الآية رقم (١٩٤) من سورة البقرة.
(٧) المحلى : ١٦٨/٩، مسألة رقم (١٣٩١).
(٨) السابق : ١٦٧/٩.

التفريط لا الجناية المتعمدة؛ لقوله ﷺ : «ليس على المستودع غير المغل ضمان»[١] والمُغِلّ بضم الميم: أي الخائن من الإغلال وهو الخيانة[٢].

اشتراط ضمان الوديعة :

إن اشترط المودع على الوديع ضمان الوديعة فعند العترة لا يضمن الوديع بذلك؛ للأخبار الدالة على عدم ضمانه[٣].

الأجرة على حفظ الوديعة :

حفظ الوديعة لا يكون بأجرة، وقد سبق في تعريف الإيداع أنه ترك مال مع حافظ لمجرد الحفظ بدون أجرة، فتخرج الإجارة[٤]. وسبق أيضًا في الإيجاب والقبول أن الحَمَامىَّ أجير مشترك وليس بوديع[٥]، فالأجرة على حفظ الوديعة تجعل العقد عقد إجارة لا عقد إيداع.

ما يغير حال الوديعة من الأمانة إلى الضمان :

يغير حال الوديعة في يد الوديع من الأمانة إلى الضمان تعديه فيها، وللتعدي صور مختلفة منها :

١ - ترك حفظ الوديعة أو حفظُها فيما لا يُحفظ مثلُها في مثله عرفًا أو تركُ تعهدِها ورعايتها بالإنفاق والسقى والعلف والنشر إذا كانت الوديعة تحتاج إلى ذلك كالدواب والصوف والحرير ونحو ذلك، وكذلك السفرُ بالوديعة ومالكها حاضر بدون إذن ولا عذر يعتبر تعديًا في حفظها يترتب عليه دخول الوديعة في ضمان الوديع بحيث إذا تلفت أثناء ذلك ولو بدون تعدٍ منه ضمنها.

٢ - حفظ الوديعة لنفسه لا للمالك، وذلك بأن يتصرف الوديع فيها لنفسه باستعمالها نحو أن يلبس الثوب أو يركب الدابة فيضمنها إن تلفت؛ لأنه قد صار غاصبًا ما لم يجر عرف بذلك أو يظن رضا المالك بذلك[٦]. وكذا إذا أودعها عند غيره لغير عذر ضمن إذ لم يرض المالك بغيره. وأما الاستعانة على حملها إلى موضع حفظها ونحو ذلك فلا يوجب ضمانًا لجريان العرف بذلك[٧].

ويتصل بهذا موضوع الخلاف في الوديعة ثم الوفاق :

إذا تعدى الوديع في حفظ الوديعة ثم زال التعدي عادت الوديعة أمانة، وذلك نحو أن يسافر بها أو يتركها في موضع غير حريز، أو يودعها ثم زال التعدي فإنها تعود أمانة عن المؤيد بالله وأبي طالب وأبي العباس، بخلاف العارية، والفرق بينهما أن المستعير غير مأذون بإمساك العارية بعد التعدي فلم تُعد يده يد أمانة، بخلاف الوديعة، فالوديع مأذون بإمساك الوديعة حتى يُطالَب، ولأن يد الوديع يد المودع بخلاف العارية.

وقيل الفرق بينهما أنه قبض العارية لنفع نفسه، وفي الوديعة قبضها لنفع المالك.

وهذا إذا صادق المالكُ الوديعَ في زوال التعدي، أو أقام الوديع البينة على زواله قبل تلف الوديعة.

---

(١) سبق تخريجه.
(٢) البحر الزخار : ١٦٨/٤.
(٣) السابق : ١٧٠/٤.
(٤) التاج المذهب : ٣٣٤/٣.
(٥) البحر الزخار : ١٧١/٤.
(٦) شرح الأزهار : ٥١٠/٣، والتاج المذهب : ٣٣٥/٣.
(٧) البحر الزخار : ١٦٩/٤.

وأما إذا تعدى الوديع فى التصرف ثم زال وذلك نحو أن يركب الدابة أو يلبس الثوب أو يعيرها أو يؤجرها أو يخرجها من حرزها لخيانة فإنها لا تعود أمانة، خرجه المؤيدُ بالله، واختاره لنفسه، وهو الذى فى الأزهار، وذلك لأن الوديع قد صار غاصبًا لا يبرأ من ضمان الوديعة إلا بردها على مالكها أو تجديد عقد الإيداع.

والفرق بين الحفظ والاستعمال أنه فى الحفظ يظهر زوال التعدي فيما كان حفظًا بخلاف الاستعمال فإنه لا يظهر؛ إذ الغاصب قد يستعمل المغصوب وقد يتركه. وأشار أبو طالب إلى أنها تعود أمانة وقال أبو العباس : إن تصرف الوديع فى الوديعة لنفسه نحو أن يلبس الثوب لم تعد أمانة، وإن تصرف للغير نحو أن يعيرها عادت أمانة[١]. وقوّى صاحب (البحر الزخار) قولَ المؤيد بالله، وقال : إنه قول للإمام يحيى أيضًا[٢].

٣ - **جحود الوديعة** : إن نطق الوديع بجحود الوديعة ولو هازلاً أو ناسيًا عند طلبها ضمنها؛ لأنه بالجحد صار غاصبًا فيضمنها ضمان غصب، ولو أقر بها بعد الجحود لم يخرج عن الضمان مالم يصادقه المالك على هزله، أو تجدد له إيداع من المالك، وسواء كان الجحود فى وجه المالك أو فى غير وجهه، وسواء كان مختارًا أو مكرهًا.

وفى (الهداية) : يضمن إذا كان الجحد فى وجه المالك أو رسوله أو وكيله دون غيرهم[٣].

وفى (البحر الزخار) : إن جحدها عند الطلب ضمنها، لا لو سكت أو جحد إلى غير المالك؛ إذ الغالب إخفاء الودائع[٤].

٤ - **إتلاف الوديعة حقيقة** نحو ما إذا سقط الوديع عليها فتلفت فإنه يضمنها، سواء سقط باختياره أم لا، وسواء سار السير المعتاد أم لا؛ لأنه مباشر لإتلافها، وإن سقطت من يده فتلفت ضمنها إذا سار بها خلاف السير المعتاد، أو المعتاد فوق البريد[٥] بلا عذر فإن اقتطعت العَلاَّقة لم يضمن ما لم يعلم أو يظن باختلالها وتمكن من دفع المخوف فيضمن[٦].

وكذا إتلافها حكمًا نحو أن يمنع الوديع رد الوديعة بدون عذر بعد طلب مالكها فإنه يضمن ما تلف؛ لأنه بذلك قد صار غاصبًا، والمراد بالرد التخلية بين الوديعة وبين صاحبها ليستردها[٧].

٥ - **خلط الوديعة بغيرها**، وفيه تفصيل حاصله : أن الوديع إذا خلطها بغير جنسها لم يضمن لتمييزها. أما إن خلطها بجنسها فيضمن على المذهب؛ لأنه خلطها على وجه لا يمكن ردها بعينها لصاحبها. وإن خلطها بمال مالكها فوجهان: أصحهما لا يضمن؛ إذ الجميع له[٨].

٦ - **إخراج الوديعة من حرزها بنية الخيانة** : إن وقع من الوديع نقلُ الوديعة لخيانة منه بنية أخذها فإن ذلك يكون تعديًا منه فى الوديعة، لكن إن نقل الكل بنية أخذ الكل صار الكل غصبًا فى يده فيضمنه جميعاً، فإن نوى

---

(١) شرح الأزهار : ٥١٤/٣، والتاج المذهب : ٢٣٨/٣.
(٢) البحر الزخار : ١٧٣/٤.
(٣) شرح الأزهار :٥١٣/٣، والتاج المذهب : ٢٣٨/٣.
(٤) البحر الزخار : ١٧٠/٤.
(٥) السابق : ١٧٠/٥ .
(٦) التاج المذهب : ٢٣٦/٣.
(٧) السابق : ٢٣٧/٣.
(٨) البحر الزخار : ١٧٠/٤.

أخذ البعض لم يضمن إلا ما نوى أخذه ونقله فقط حتى ولو نقل الكل لأخذ ذلك البعض؛ لأن للوديع نقل الوديعة مالم يتعد، ولم يتعد إلا فى البعض، أما بقية المال فأمانة على حاله، وهذا عند القاسمية، وقال الناصر : بطلت أمانته فبطل الإذن بإمساك الوديعة.

وجوابه أنها بطلت فيما أخذ فقط.

ولا يبرأ الوديع برده - أى المضمون وهو ما أخذه سواء كان الكل أو البعض فى الصور السابقة - إلا إلى المالك؛ لأنه قد صار غاصبًا.

وفى (التذكرة) يبرأ برده إلى موضعه.

• فإن رده إلى موضعه والتبس بالباقى ففى ضمان الكل - عند من يقول بضمان المأخوذ فقط - وجهان : أحدهما : يضمن لالتباسه. والثانى : لا يضمن إلا قدر المردود[1].

وإن لم يحصل من الوديع سوى فتح الصرة التى توجد بها الوديعة ونحوها للأخذ، ولم يأخذ شيئًا فإنه يأثم مع نية الأخذ، ولا يضمن على ظاهر المذهب إن تلفت حيث لم يحصل التلف بسبب الفتح، وقال الإمام يحيى : يضمن.

حكم نية الخيانة فى الوديعة :

إن نوى الوديع وعزم على أخذ الوديعة كلاً أو بعضًا بدون نقل ولا فتح لم يأثم وكذا لم يضمن[2]، كما لو نوى غصب مال فلان.

وقال ابن سريج : يضمن بمجرد النية، وهو قديم قول المؤيد بالله.

وقيل : لو نوى الوديع عدم رد الوديعة ضمن؛ لأنه صار ممسكًا لها لنفسه.

قال صاحب (البحر الزخار) : قلنا : لا تأثير للنية وحدها[3].

٧ - دلالة السارق أو الظالم على الوديعة : قال صاحب (شرح الأزهار) : ومن التعدى فى الوديعة وقوع الدلالة عليها إذا تلفت بنفس الدلالة. فلو دل الوديع ظالمًا على الوديعة ليأخذها ضمنها، ذكره القاضى زيد والفقيه محمد بن سليمان، والفقيه يحيى.

وروى عن المؤيد بالله أنه لا يضمن. قال الإمام المهدى : والصحيح الأول.

وقيل : يضمن مطلقًا، سواء تلفت بسبب تلك الدلالة أو بأمر غالب أو بغيرها؛ لأنه قد صار متعديًا بالدلالة على الوديعة فيضمنها ولو تلفت بغيرها؛ لأنه قد أساء الحفظ[4].

٨ - الإكراه على تسليم الوديعة بالقتل ونحوه، فإن توعد ظالم - سلطان أو غيره - الوديع وخوفه حتى يسلم الوديعة فسلمها، فإن كان لخوف لا على نفسه ولا على عضو منه، بل لمجرد خوف إنزال الضرر به فقط أثم؛ لأن خشية الضرر لا تبيح مال الغير.

وإن توعده الظالم بقتل أو قطع عضو لم يأثم بتسليمها إليه.

وأما ضمان العين لمالكها فيضمنها الوديع مطلقًا؛ لتفريطه بالتسليم؛[5] لأنه مباشر، وقرار الضمان على الظالم.

(١) السابق : ٤/١٧٠-١٧١، وشرح الأزهار : ٣/٥١٢-٥١٣.
(٢) شرح الأزهار : ٣/٥١٢، والتاج المذهب : ٣/٢٣٦.
(٣) شرح الأزهار : ٣/٥١٢، والبحر الزخار : ٤/١٦٩.
(٤) شرح الأزهار وحاشيته : ٣/٥١٣-٥١٤، والتاج المذهب : ٣/٢٣٨.
(٥) التاج المذهب : ٣/٢٣٨.

وقال الإمام يحيى : فإن طلب الظالم يمينه وتعذرت التورية حلف وكَفَّر عن يمينه.

قال صاحب (البحر الزخار) : لا وجه للتكفير، والمذهب لا ضمان، ولو سلم مع خشية التلف كآكل المضطر(١).

وإن أخذها الظالم من الوديع كُرْهًا بدون أن يسلمها الوديع إليه لم يضمن الوديع؛ لأنه أمر غالب ولم يحصل من الوديع تفريط(٢).

٩ - موت الوديع مُجهِلاً حال الوديعة، وفيه تفصيل : فما أغفله الميت من الودائع التى كانت لديه فلم يذكرها بنفى ولا إثبات ولم يعرف الورثة حاله حكم بتلفه، فلا يكون مضمونًا على أحد، إلا أن يقيم المالك البينة على بقائه فيضمن حينئذ، وبدون هذه البينة لا ضمان؛ لأن الظاهر أن الوديعة تلفت، قال هذا أبو طالب.

وقال المؤيد بالله وأبو جعفر : بل الظاهر البقاء، وهو قول الهادى فى (الأحكام).

وقال الإمام يحيى : إذا مات الرجل ووُجد بخطه أن الكيس الفلانى لزيد، أو وُجد على الكيس اسم رجل لم يحكم بذلك لأنه قد يودعه شيئًا ثم يملكه أو يشترى كيسًا عليه اسم رجل، حكى هذا صاحب (البستان).

وما أجمله الأمينُ الميتُ فدين نحو أن يقر قبيل الموت بوقت لا يتسع لرد ولا تلف أن عنده وديعة مائة دينار أو مائة قدح فى محل كذا وعينّها بصفة ولم يوجد ذلك فى تركته فإنه يضمنها ويكون دينًا لصاحب الوديعة فى التركة كباقى الدائنين، إلا أن يدعى صاحب الوديعة على ورثة الوديع أنهم يعرفون الوديعة وأنكروا ذلك فله عليهم اليمين(٣)؛ لأن ذلك كالمستهلك لعدم التمييز، قال ذلك الهادى.

وقال الإمام يحيى : لا ضمان مطلقًا؛ لأن الأصل البراءة. وقال بعض الفقهاء : إن كان فى ماله الذى تركه جنسُها ضمن لتبيينه، وإلا فلا؛ إذ الأصل البراءة(٤).

وأما ما عيَّنه الميت وعرَّفه الورثةَ بعينه رُدَّ فورًا إلى مالكه بما لا يجحف ولو بَعُدَ، فإن لم يرده مع الإمكان ضمن وإن لم يُنْقل(٥).

١٠- تصرف الوديع فى الوديعة، جاء فى (البحر الزخار) : وليس للوديع اقتراض الوديعة على المذهب؛ لقوله ﷺ : **«لا يحل مال امرىء مسلم إلا بطيب نفسه»**(٦).

وللوديع بيع ما خشى عليه كالطعام المسوس؛ إذ له ولايةٌ وذلك حفظ، فإن لم يفعل ضمن للتفريط(٧).

وجاء فى (التاج المذهب) : ومن التعدى نحو إعارة العين المودعة أو تأجيرها أو رهنها، فإن فعل الوديع ذلك كان ضامنًا لأجل التعدى(٨).

١١- نسيان الوديعة : جاء فى (شرح الأزهار) : ويضمن الوديع الوديعة بالنسيان والضياع؛ إذ هو تفريط.

---

(١) البحر الزخار : ١٧٠/٤.
(٢) التاج المذهب : ٢٣٨/٢.

(٣) شرح الأزهار : ٥١٥/٣-٥١٦، والتاج المذهب : ٢٣٩/٢-٢٤٠.
(٤) البحر الزخار : ١٧١/٤.
(٥) التاج المذهب : ٢٤٠/٢.
(٦) أخرجه النسائى فى السنن الكبرى: ١٨٢/٨ .
(٧) البحر الزخار : ١٦٩/٤.
(٨) التاج المذهب : ٢٣٥/٣.

وقال الإمام يحيى : لا يضمن؛ لأن الناسي معذور. قال صاحب شرح الأزهار : هو معذور من الإثم فقط، بدليل أن الناسي إذا جنى جناية يضمنها[١].

مذهب الإمامية :

الوديعة أمانة في يد الوديع لا ضمان عليه لو تلفت أو تعيبت[٢].

ما يغير حال الوديعة من الأمانة إلى الضمان :

يغير حال الوديعة من الأمانة إلى الضمان في يد الوديع إجمالاً التعدي أو التفريط فيها، ويندرج تحتهما الكثير من الأسباب التي يترتب عليها ضمان الوديعة، حكم النية منها :

١ - التفريط بترك الحفظ : كأن يطرح الوديع الوديعة في موضع ليس بحرز أو يترك سقي الدابة أو علفها أو يترك نشر الثوب الذي يفتقر إلى النشر، أو يودعها عند غيره من غير إذن ولا ضرورة، أو يسافر بها كذلك مع خوف الطريق وغير ذلك.

٢ - التعدي في الوديعة بالانتفاع بها: مثل أن يلبس الوديع الثوب المودَع عنده أو يركب الدابة المودَعة، أو يخرجها من حرزها لينتفع بها[٣].

ويتصل بذلك موضوع الخلاف ثم الوفاق:

جاء في (الروضة البهية) : ولا يبرأ الوديع بإعادة الوديعة إلى الحرز لو تعدى فأخرجها منه أو فرط بتركه غير مقفل ثم أقفله ونحوه؛ لأنه صار بمنزلة الغاصب فيستصحب حكم الغصب إلى أن يحصل من المالك ما يقتضي زواله برد الوديعة إليه. ثم يجدد له الإيداع، أو يجدد له الاستئمان بدون ردّ كأن يقول له : أودعتكها أو استأمنتك عليها ونحوه على الأقوى.

وقيل : لا يعود بذلك كما لا يزول الضمان عن الغاصب بإيداع المغصوب عنده، أو بإبراء المالك الغاصب من الضمان على قول قوي[٤].

٣ - الجحود : لو جحد الوديع الوديعة ثم قامت عليه بينة أو اعترف بها فإنه يضمنها؛ لأنه متعدٍ بجحوده لها[٥].

٤ - إتلاف الوديعة حقيقة أو حكمًا مثل أن يهمل الوديع رد الوديعة بعد المطالبة وإمكان الرد على الوجه الذي يأتي في (رد الوديعة) لأنه من أسباب التقصير[٦].

٥ - خلط الوديعة بغيرها : لو مزج الوديع الوديعة بماله أو مال غيره بحيث لا تتميز ضمنها سواء مزجها بأجود أم بدون، بل لو مزج إحدى الوديعتين بالأخرى ضمنهما معًا وإن كانا لواحد، ومثله لو خلطها بمال لمالكها غير مودع عنده؛ للتعدي في الجميع[٧].

٦ - أخذ بعض الوديعة وإخراجها من حرزها: لو جعل المالك الأموال في حرز مقفل ثم أودعها فتح الوديع الحرز، وأخذ بعض الوديعة ضمن ما أخذ، ولو أعاد بدله ومزجه ببقية الوديعة مزجًا لا يتميز ضمن الجميع.

---

(١) شرح الأزهار : ٥١١/٣.
(٢) المختصر النافع : ٥٠/١.
(٣) شرائع الإسلام : ٢٢٨/١.
(٤) الروضة البهية : ٣٨٨/١.
(٥) السابق : ٣٨٨/١ وشرائع الإسلام : ٢٢٨/١.
(٦) الروضة البهية : ٣٨٦/١.
(٧) السابق : ٣٧٨/١.

وكذلك يضمن الوديع الوديعة إذا أخرجها من حرزها لينتفع بها، بل إنه يضمن إذا كانت الوديعة فى كيس مختوم أو مشدود ففتح ختمه أو حل شدَّه.

حكم نية الخيانة فى الوديعة :

لو نوى الوديع الانتفاع بالوديعة لم يضمن بمجرد النية(١).

٧ - الدلالة على الوديعة : يضمن الوديع إن أخبر لصًا بالوديعة فسرقها.

٨ - الإكراه على تسليم الوديعة : وفيه تفصيل حاصله : أنه لو أخذت الوديعة من الوديع قهرًا فلا ضمان عليه، ولا فرق بين أخذ القاهر لها بيده، وأمره الوديع بدفعها وتسليمها إليه كرهًا؛ لانتفاء التفريط فيهما، فينحصر الرجوع بالضمان على الظالم فى الصورتين على الأقوى.

وقيل : يجوز لصاحب الوديعة الرجوع بالضمان على الوديع فى الصورة الثانية، وإن استقر الضمان فى النهاية على الظالم.

وهذا إن لم يكن الوديع سببًا فى أخذ الوديعة منه قهرًا، كأن سعى بها إلى الظالم وأظهرها فوصل إليه خبرها مع مظنته فإن الوديع يضمنها حينئذ(٢).

٩ - موت الوديع مُجَهِّلاً حال الوديعة : فلو اعترف الوديع بالوديعة ثم مات وجهلت عينها قيل : يخرج ضمانها من أصل تركته، ولو كان للميت دائنون آخرون فضاقت التركة عن وفاء جميع ديونهم قاسمهم صاحب الوديعة بحصته، وفيه تردد(٣).

وإذا ظهر للوديع أمارات الموت وجب عليه الإشهاد بالوديعة، ولو لم يشهد وأنكر الورثة كان القول قولهم، ولا يمين عليهم إلا أن يدعى صاحب الوديعة عليهم العلم(٤).

١٠- التصرف فى الوديعة : فلو تصرف الوديع فيها باكتساب ضمنها، وكان الربح للمالك(٥). ولو أمر صاحب الوديعة الوديع بإجارة الوديعة بحمل أخف فأجرها الوديع بحمل أثقل، أو أمره بحمل أسهل فأجرها لأشق كالقطن والحديد ضمنها الوديع(٦).

مذهب الإباضية :

الوديعة أمانة فى يد الوديع لا يضمنها إن تلفت بدون تقصير فى حفظها. وإن اشترط صاحب الوديعة فى عقد الإيداع ضمان الوديعة على الوديع فهو شرط ساقط لا يعمل به حتى وإن رضى به الوديع؛ لأنه مخالف للمشروع فى الوديعة فيكون باطلاً لا يعمل بموجبه.

وقيل : إن الشرط ثابت حيث جرى برضا صاحب الوديعة والوديع فيعمل به ولا يرد(٧).

ما يغير حال الوديعة من الأمانة إلى الضمان :

يغير حال الوديعة من الأمانة فى يد الوديع إلى الضمان ما يأتى :

١ - ترك الحفظ : فإذا لم يحفظها الوديع الحفظ المعتاد أو سافر بها فى طريق مخوف، أو

(١) شرائع الإسلام : ١/٢٢٨.
(٢) الروضة البهية : ١/٣٨٥.
(٣) شرائع الإسلام : ١/٢٢٩.
(٤) السابق : ١/٢٢٨.
(٥) المختصر النافع : ١/١٥٠.
(٦) شرائع الإسلام : ١/٢٢٨.
(٧) جوهر النظام : ٣/٤٥١-٤٥٣.

وضعها فى متلف فإنه يضمنها إن ضاعت أو تلفت(١).

٢ - **إيداعها عند الغير** : فإن أودعها الوديع عند غير من يثق به من عياله وزوجه ضمنها إن تلفت(٢).

٣ - **امتناع الوديع من ردها** : الوديع يضمن الوديعة إن امتنع من أدائها لصاحبها بعد طلبها(٣).

٤ - **خلط الوديعة بغيرها** : يضمن الوديع إن خلط الوديعة مع غيرها، وهذا إذا خلطها بغير إذن صاحبها. أما إن خلطها بإذن صاحبها فى ماله جاز ولا ضمان، وكذلك إن خلطها بمال غير صاحبها بإذنهما جاز ولا ضمان عليه(٤).

وقيل : لا بأس بخلط الوديع الوديعة بغيرها ولو بدون إذن إذا رآه أحرز للوديعة(٥).

٥ - **الدلالة على الوديعة** : إذا دل الوديع لصًا أو جبارًا على الوديعة فأخذها فإن الوديع يضمنها(٦).

٧ - **تسليمها لغير صاحبها كرهًا** : يلزم الوديع أن يدافع عن الوديعة إن أراد جائرٌ أن ينتزعها من يده، فإن فدى الوديع نفسه من الجبار بالوديعة فضمانها عليه إن سلمها له، أما إن غلب عليه وأخذها منه قهرًا فلا ضمان عليه؛ لأنه معذور، وهذا إذا لم يصدر من الوديع إغراءٌ للجبار أو دلالة له عند دخوله وإلا ضمنها(٧).

٨ - **نسيان الوديعة** : لو نسى الوديع الوديعة فى موضعها ضمنها، وكذلك الغلط(٨).

***

بقية مصطلح إيداع تأتى فى بدء الجزء الثانى والثلاثين، إن شاء الله تعالى.

---

(١) السابق : ٣/٤٥١-٤٥٢.
(٢) شرح النيل : ٥/٢٤٦.
(٣) جوهر النظام : ٣/٤٥١.
(٤) السابق : ٣/٤٥١.
(٥) السابق : ٣/٤٥١.
(٦) جوهر النظام : ٣/٤٥٣.
(٧) السابق : ٣/٤٥١.
(٨) شرح النيل ٧/٣٥.

الموضوع	رقم الصفحة

الموضـــوع	رقم الصفحة

الموضوع	رقم الصفحة

الموضوع	رقم الصفحة

الموضوع	رقم الصفحة

الموضوع	رقم الصفحة

الموضــوع **رقم الصفحة**

الموضـــوع	رقم الصفحة

مطابع التجارية - قليوب - مصر